وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة عباس لغرور – خنشلة –
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق
نيابة العمادة للدراسات وشؤون الطلبة

زواج القصر في قانون الأسرة الجزائري

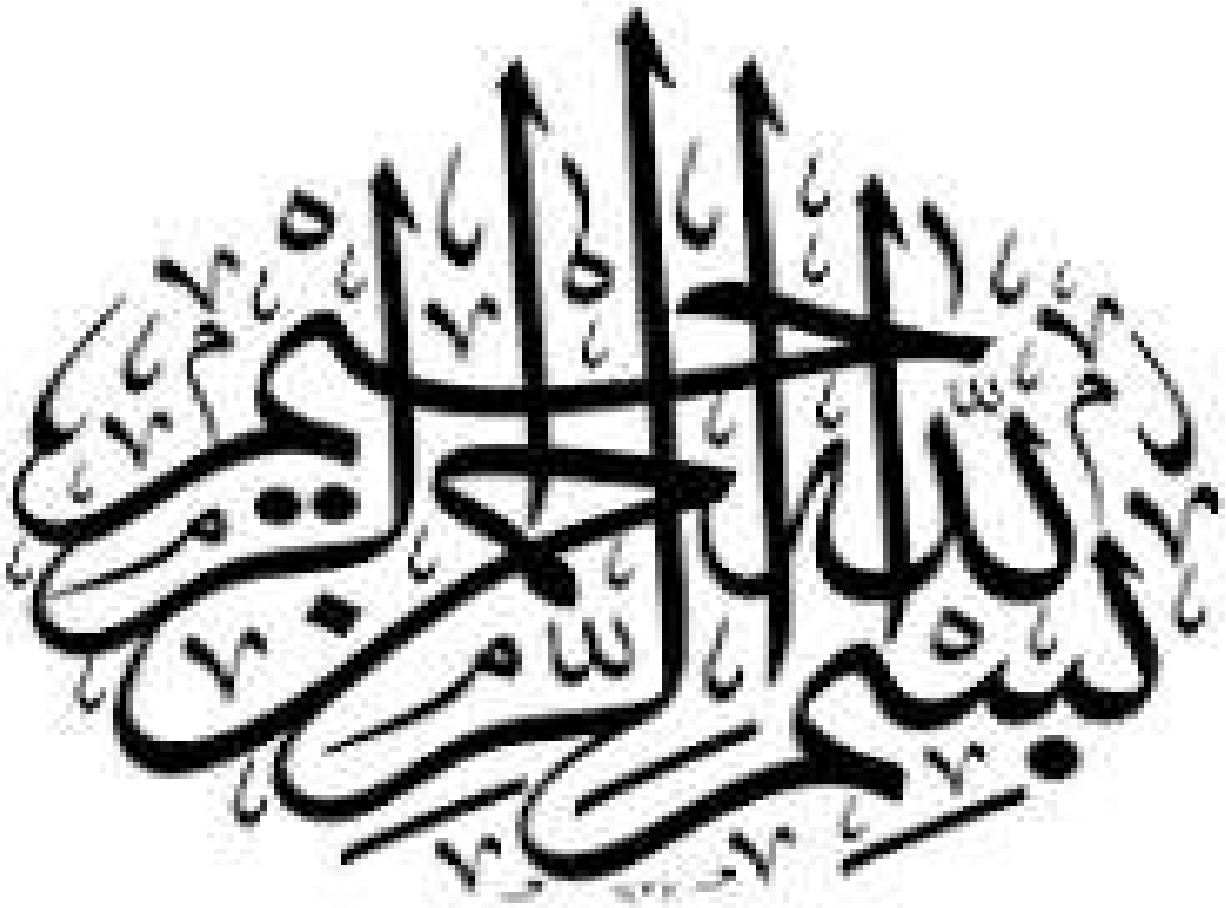
من إعداد:
* بوراس عبد المجيد
* حكيمي راضية

تحت إشراف:
د/ بن مبارك ماية

لجنة المناقشة

الأستاذ	الرتبة العلمية	الجامعة الأصلية	الصفة
هباز سناء	أستاذ محاضر	جامعة خنشلة	رئيسا
وردة خليفي	أستاذ محاضر أ–	جامعة خنشلة	عضوا ممتحننا
بن مبارك ماية	أستاذ التعليم العالي	جامعة خنشلة	مشرفا ومقررا

الموسم الجامعي 2024/2023



الشكر والتقديــر

وانطلاقا من قول الله تعالى:" وَمنْ يشْكُر فَإنمَا يَشكُر لِنفْسهْ".

صدق الله العظيم

الحمد الله سبحانه وتعالى له عظيم الشكر والحمد بنعمته أتممنا هذا العمل

واعترافا بالفضل والجميل أتوجه بخالص الشكر وعميق التقدير والامتنان إلى الأستاذة

الدكتورة المشرفة "**بن مبارك ماية**" لقبولها والإشراف على بحثي هذا وتقديم يد المساعدة

والإرشاد واتمامه على أحسن وجه

وبالشكل العلمي المناسب، فلها مني كل التقدير والامتنان.

كما نتقدم بخالص الشكر والتقدير لأساتذتنا أعضاء اللجنة.

ونشكر كل من ساعدنا من بعيد ومن قريب في إنجاز هذا العمل.

الإهـداء

اهداء خاص لقرة عيوني وكتفي عند مشيخي أبنائي الأعزاء تيم، غيث،

عبد الرحمان وابني الثاني راسيل ليث جعلهم الله لي من الصالحين البارين بي والموفقين

في مسارهم العلمي

الإهداء

الحمد لله رب العالمين

فجاءت لذة الوصول لتمحى مشقة السنين

الحمد لله الذي ما تيقنت به خيرا وأملا إلا وأغرقتني سرورا

تم بفضل الله تخرجي

أهدي تخرجي للعائلة الكريمة والزملاء

وكل أساتذة جامعة عباس لغرور خنشلة

المقدمة

المقدمة

الأسرة هي النواة الأساسية المكونة للمجتمع وأساس بناءه، فهي كيان يضم عدة أشخاص صلة الزواج وصلة القرابة، حيث ينتج عنه نشأ تسهر على تربيته ورعايته، وهذا ما يتطابق مع نهج المشرع الجزائري الذي اعتبرها الخلية الأساسية للمجتمع التي تتكون من أشخاص تربطهم علاقات متينة من تكافل وحسن المعاشرة وحسن التربية والخلق.

حيث أن المشرع نظم مختلف الجوانب المتعلقة بالأسرة بنصوص قانونية قررت لحمايتها، فهي تنشأ بميثاق غليظ ورباط شرعي قانوني بين رجل وامرأة بنية التأبيد، وهو الزواج بهدف إنشاء أسرة مستقلة أساسها المودة والرحمة، وكما جاء في قوله تعالى: "**وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بينَكُمْ مَوَدَةً ورِحْمَة إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَومٍ يَتَفَكَّرُون.**[1]

فالمشرع اعتبر الزواج عقد رضائي ذو طبيعة خاصة، إلا أنه أحاطه بجملة من الشروط والأركان، وهذا لكي ينشأ صحيحا منتجا لآثاره القانونية المرجوة منه، وقد حددها بالرضا كركن لعقد الزواج، والأهلية والصداق كشروط لانعقاده.

ولصحة عقد الزواج لابد من توافر شرط الأهلية، فهذه الأخيرة تعتبر عنصر جوهري لصحة التصرفات ومن بينها الزواج، حيث نعني بأهلية الزواج صلاحية الشخص لإبرام عقد الزواج، التي حددها المشرع بسن قانونية معينة وهو سن الرشد 19 سنة كاملة، إلا أن المشرع أورد استثناء على هذه القاعدة، وهي إمكانية الزواج قبل بلوغ السن القانونية بموجب ترخيص يمنح من طرف القاضي المختص، الذي يدرس طلب الترخيص ويراقب مدى توفر الشروط القانونية المحددة بنص المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري، وهنا للقاضي سلطة تقديرية واسعة في قبوله أو رفضه، فهذا الترخيص القضائي الذي يمنح للقصر لإبرام عقد زواجهم هو موضوع دراستنا.

[1] سورة الروم، الآية 21.

أولا: أهمية الموضوع:

تكمن أهمية من دراسة موضوع الترخيص بزواج القصر في قانون الأسرة الجزائري سواء من الناحية العملية والعلمية، فمن الناحية العملية في الترخيص بزواج القاصر أهمية بالغة وخاصة بالنسبة للقصر من جهة، والمكانة التي تحظى بها الأسرة في المجتمع من جهة أخرى، فهذا الإذن يوفر حماية للقصر الذين أحوالهم وظروفهم تستدعي ذلك الترخيص.

وأما من الناحية العلمية تكمن في الرغبة في اكتساب معلومات وإثراء المعارف عن هذا الموضوع.

ثانيا: أهداف الموضوع:

تتمثل أهداف دراسة موضوع الترخيص بزواج القصر في قانون الأسرة الجزائري في الوقوف على مختلف الجوانب القانونية لتحقيق جملة من الأهداف أهمها، هي:

– رسم نظرية متكاملة حول الموضوع محل البحث.

– بيان مواطن القصور في النصوص المنظمة لأهلية الزواج للقاصر ومحاولة تقديم اقتراحات من أجل استدراكها.

– دراسة موضوع الترخيص بزواج القاصر من الجانب العملي الإجرائي وربطه بالجانب النظري.

ثالثا: أسباب اختيار الموضوع:

تتجلى أسباب اختيارنا لموضوع الترخيص بزواج القصر في قانون الأسرة الجزائري كطلبة قانون وباحثين في تخصص القانون الخاص المعمق، فنحن نولي اهتماما كبيرا بهذا الموضوع وذلك راجع إلى أسباب ذاتية وأخرى موضوعية:

1 – أسباب ذاتية: إن الدوافع الذاتية لاختيار هذا الموضوع تكمن في الرغبة الشخصية في دراسة هذا الموضوع، وهذا راجع إلى الميول الشخصي والاهتمام بمجال قانون الأسرة.

بناء على هذه الأساسيات تولدت لنا الرغبة في دراسة هذا الموضوع ليس من الجانب النظري فقط، بل دراسته أيضا من الجانب التطبيقي القضائي وربطه بالواقع المعاش، وكيف تتم معالجة هذا الموضوع من طرف القاضي في ظل منحه سلطة تقديرية واسعة والمنظمة بموجب نص المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري.

2 – أسباب موضوعية: فتكمن الدوافع الموضوعية فيما يلي:

– تفشي ظاهرة زواج القصر "الصغار" في المجتمع، وذلك راجع لنقص الوعي والجهل بالأخطار الناجمة عن زواج القصر من أضرار صحية واجتماعية ونفسية.

– قلة الدراسات والبحوث في هذا الموضوع، نظرا لأن المشرع عالج الترخيص بزواج القاصر في مادة واحدة من قانون الأسرة الجزائري.

رابعا: الدراسات السابقة: من أهم الدراسات السابقة في موضوع الترخيص بزواج القاصر نجد كالآتي:

1– فاسي عبد الله، المركز القانوني للقاصر في الزواج والطلاق رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، سنة 2014/2015.

2– أسمهان عفيف، الترخيص القضائي بالزواج كآلية لحماية القاصر، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، أم البواقي، الجزائر، العدد 4، 2018، 2019.

ويتضح من خلال اطلاعي على هذه الدراسات أنها مست بعض جوانب الموضوع فقط وأهملت البعض، إلا أن دراستي الحالية مست العديد من الجوانب مثل الإطار المفاهيمي، الشق النظري والتطبيقي.

خامسا: إشكالية الدراسة:

تتمحور إشكالية موضوع الترخيص بزواج القصر في قانون الأسرة الجزائري حول **مدى توفيق المشرع الجزائري في تنظيم أحكام زواج القصر في قانون الأسرة الجزائري؟.**

ويمكن طرح الإشكاليتين فرعيتين التي تنبثق عن هذه الإشكالية الرئيسية، فتتمثل فيما يلي:

ماهية الترخيص بزواج القصر في الشريعة الاسلامية والقانون الجزائري؟.

فيما تكمن إجراءات منح الترخيص بزواج القصر؟.

سادسا: المنهج المتبع:

سنتبع في الإجابة على الإشكالية السابقة المنهج الوصفي بهدف الإحاطة بجوانب الموضوع، وجمع كافة المعلومات عنها، ومع استخدام أداة التحليل بغرض تحليل المواد المنظمة لها وتحديد المفاهيم التي تقوم عليها، وهذا بالاستعانة بآراء فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون، وكذا النصوص القانونية المتعلقة بموضوع الترخيص بزواج القاصر لأجل الإحاطة الشاملة بموضوع الدراسة والوقوف عليها بالنقد وتحليل هذه النصوص القانونية ذات صلة.

وكذا المنهج التاريخي من خلال معالجة التطور التاريخي لسن أهلية الزواج في الجزائر، وهذا من أجل التعرف على كيفية معالجة المشرع لسن أهلية الزواج في كل حقبة زمنية معينة، وكيف تطور هذا السن إلى الوقت الحالي.

سابعا: الصعوبات الدراسة:

أما بالنسبة للصعوبات التي واجهتنا أثناء البحث، فهي مرتبطة على وجه الخصوص بما يلي:

1 – قلة المراجع المتخصصة المتعلقة بالموضوع، وإن وجدت تكون كجزئية مشار إليها.

2 – قلة القضايا المتعلقة بموضوع الترخيص بزواج القاصر على مستوى الجهات القضائية، وكذا نقص الاجتهادات القضائية الجديدة في هذا المجال.

3 – يعتبر موضوع الترخيص بزواج القاصر جزئية صغيرة عالجها المشرع الجزائري في مادة واحدة من قانون الأسرة الجزائري، مما صعب مهمة الدراسة.

ثامنا: تقسيم الدراسة:

يقتضي بحث موضوع الترخيص بزواج القاصر في قانون الأسرة الجزائري أن نقسمه إلى فصلين اثنين، نخصص الفصل الأول لماهية الترخيص بزواج القاصر، فنتناول مفهوم زواج القاصر في مبحث أول، ونتطرق للطبيعة القانونية للترخيص بزواج القاصر وموقف المشرع الجزائري في مبحث ثان.

ونخصص الفصل الثاني لإجراءات منح الترخيص بزواج القاصر، فنتناول قواعد استصدار الترخيص بزواج القاصر وسلطة القاضي التقديرية في منحه في مبحث أول، ونتطرق لآثار منح الترخيص بزواج القاصر وجزاء مخالفته مبحث ثان، وذلك وفقا للتقسيم الآتي:

الفصل الأول: ماهية الترخيص بزواج القاصر.

الفصل الثاني: إجراءات منح الترخيص بزواج القاصر.

وننهي البحث بخاتمة نضمنها أهم ما خلصنا إليه من نتائج ومع اقتراح بعض التوصيات.

الفصل الأول

ماهية الرخيص بزواج القصر

تعتبر الأسرة أساس المجتمع الصالح، ولا تكون إلا بزوجين صالحين قادرين على تحمل أعباء الزواج ومسؤولية، فهذا الرباط المتين شرعه الله عز وجل بأحكام لتكوينه، ومن هذا المنطلق يعتبر الزواج من العقود الرضائية أي لا بد أن تتوفر في الطرفان رضا تام، وهذا الرضا يكون صحيحا بتمام سن الأهلية التي اعتبرها المشرع الجزائري شرط أساسي لإبرام عقد الزواج، والذي حددها في قانون الأسرة الجزائري في مادته 09 مكرر، والتي جاء في أنه يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط قانونية، ومنه بينها أهلية الزواج [1]، أي ببلوغ السن القانونية تسعة عشرة سنة (19)، لاعتبار تصرفاته صحيحة.

إلا أن المشرع قد أورد استثناء على سن أهلية الزواج في نص المادة 07 قانون أسرة والتي جاء في نصها أنه تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، ومتى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج، فيكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات.[2]

وهذا الاستثناء يتمثل في إمكانية ترخيص القاضي المختص بالزواج لمن دون 19 سنة، إذا تبين له وجود مصلحة أو ضرورة ملحة لذلك، ولأن الزواج هو أساس بناء المجتمع والهدف من هذا الترخيص هو حماية القاصر وترشيده لتحمل أعباء الزواج.

ولنتعرض لماهية زواج القاصر للإحاطة أكثر بمختلف جوانب مذكرة الترخيص بالزواج للقاصر في التشريع الجزائري في مبحثين اثنين، فنتناول مفهوم زواج القاصر في مبحث أول،

[1] المادة 09 مكرر من القانون 84/11 المؤرخ في 9 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، عدد24، الصادر بتاريخ 12 جوان 1984 المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/09 المؤرخ في 4 ماي 2005 ، جريدة رسمية عدد 43 المؤرخة في 22 جوان 2005، المتضمن الموافقة على الأمر رقم 05/02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، الذي يعدل ويتمم القانون 84/11، ج ر عدد 15 المؤرخة في 27 فيفري 2005.

[2] المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري.

وفي حين نتطرق للطبيعة القانونية للرخيص بزواج القاصر وموقف المشرع الجزائري منه في مبحث ثان، وذلاك وفقا للتقسيم الآتي::

المبحث الأول: مفهوم زواج القاصر.

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للترخيص بزواج القاصر وموقف المشرع الجزائري منه.

المبحث الأول:

مفهوم زواج القــاصر

يعد الزواج من أقدس الروابط الاجتماعية كونه اللبنة الأساسية لبناء أسرة، لذلك يتطلب درجة من الوعي والإدراك لحجم المسؤولية التي تنشأ عنه، وهو ما انتهجه المشرع الجزائري بتحديد سن الزواج 19 سنة كاملة للرجل والمرأة، ولكن أجاز إبرام عقد الزواج قبل بلوغ سن الرشد عن طريق الحصول على إذن قضائي أو ترخيص بالزواج دون السن القانونية من السلطات المعنية، إلا أن المشرع الجزائري لم يلم بتفاصيل الموضوع، فلم يتطرق إلى بيان مفهوم القاصر بشيء من التفصيل بل اكتفى فقط بالنص عليها في نص المادة 7 قانون أسرة جزائري.

ولنتعرض لمفهوم زواج القاصر من خلال التطرق لتعريف زواج القاصر، تعريف الترخيص بزواج القاصر والولاية في زواج القاصر في ثلاثة مطالب متتالية.

المطلب الأول:

تعريف زواج القــاصر

إن عقد الزواج عقد مدني ينشأ بناء على توافق إرادة الطرفين هما الرجل والمرأة، فمصطلح الزواج لا يثير أي إشكال لأنه تم التطرق له من طرف فقهاء الشريعة الإسلامية مبينين أحكامه وكيفية عقده، إلا أن بعض الإشكالات المتعلقة بأركان انعقاده وشروط صحته تم

التطرق لها من طرف المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجزائري تحت مسمى القسم الثاني في الزواج، حيث حدد أركانه والشروط الواجب توافرها في هذا العقد.

فطبقا للأحكام العامة لقواعد الأهلية لا يجوز إبرام هذا العقد إلا من ذي أهلية كونه عقد رضائي لا ينعقد إلا بتوفر أهلية الرجل والمرأة، أي ببلوغ 19 سنة لكليهما، ولكن هذه القاعدة ليست جامدة بل أورد عليها استثناء يتمثل في من لم يبلغ هذه السن القانونية، فقد أجاز له المشرع الجزائري استصدار ترخيص بالزواج من القاضي تحت مسمى زواج القاصر.

وللإحاطة أكثر بمعنى زواج القاصر تطلب منا تعريف مصطلح الزواج لغة واصطلاحا وكذلك تعريف القاصر لغة واصطلاحا، وتمييزه عن المصطلحات المشابهة له في فرعين متتاليين.

الفرع الأول:

تعـريف الـزواج

نتناول تعريف الزواج من الناحية اللغوية، اصطلاحية، الفقهية وقانونية في ثلاث نقاط متتالية.

أولا: تعريف الزواج في اللغة:

يعرف الزوجُ: البعْلُ ويقال للاثنين هما زوجان وهما زوج لقوله عز وجل وزوجناهُمْ بحور عين"[1] أي قرناهم والأزواج: القرناء وتزوجه النوم خالطه[2].

[1] سورة الدخان، الآية 54.

[2] مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، تحقيق أنس محمد الشامي و زكريا أحمد ، القاموس المحيط، دار الحديث، القاهرة، مصر، 2008، ص728.

و لـزواج: إقتـران الرجـل بـالمرأة ، والمـرأة بالرجـل، بمراسيم شـرعية دينيـة أو قانونيـة، وفـاق هـذا الـدين أو ذاك، ووفـاق قانونـا هـذا البلـد أو ذاك، زوَّجَ : الرجـلُ إبنـه بـامرأة جميلـة)، يُزَوجـه تزويجاً وزواجاً جعلها له زوجا (أو زوجة)، زَوَجَ : المرء الشيء بالشيء أو إليه أي قرنه.[1]

ويرادفه لفظ النكاح وهو الأكثر شيوعا في الشريعة والفقه، ويقصد به الوَطـة: ويقصد به العقد له نكحو هي ناكح وناكحة ذات زوجن وكان يقال لأم خارجة عند الخطبة خطب فتقول: نكح. [2]

ولفظ النكاح معناه في اللغة، الضم والجمع والوطء، يقال: تناكحت الأشجار إذا تمايلت وإنضم بعضها إلى بعض، وقد يطلق على العقد، لأنه سبب في الوطء.[3]

ثانيا: التعريف الإصطلاحي والفقهي للزواج:

أما إصطلاحا فتعريفات أغلب الفقهاء لعقد الزواج كانت متقاربة في المعنى حيث أنهم ركزوا على الجانب الموضوعي للزواج، وهو حل المتعة على الوجه المشروع، وإنه ليس غرضه الوحيد بل أيضا حفظ النسل وتواصل الأجيال[4].

وفي حين أن الفقه الإسلامي المعاصر ينظر إلى الزواج على أنه عقد حل العشرة بين الرجل والمرأة يجمع أو يربطهما بالمودة والرحمة والتعاون وأداء كل منهما بواجباته والتمتع بحقوقه ما داما تعاهدا على تعاهد أبدي، وذلك بهدف بناء أسرة و تحمل مسؤوليته[5].

وهذا ما لاحظه الفقهاء القدامى، فقال السرخسي :" ليس المقصود بهذا العقد قضاء الشهوة ، إنما المقصود ما بيناه من أسباب المصلحة ولكن الله تعالى علق بها قضاء الشهوة

---

[1] عصام نور الدين، معجم نور الدين الوسيط، ط1، دار الكتاب العلمية، لبنان، سنة 2008، ص 4.

[2] عصام نورالدين المرجع نفسه، ص 694 .

[3] خضر قادر، دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق و الوصية، دار اليازوري للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010،ص87.

[4] محفوظ بن الصغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي، دار الوعي للنشر والتوزيع المسيلة، الجزائر، سنة 2013، ص26.

[5] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة، ط1 الجزء 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص 56.

أيضا ليرغب فيه المطيع والعاصي، المطيع للمعاني الدينية والعاصي لقضاء الشهوة بمنزلة الإمارة، ففيها قضاء شهوة الجاه والنفوس ترغب فيها لهذا المعنى، ولكن ليس المقصود بها في الشرع قضاء شهوة الجاه، بل المقصود بها إظهار الحق والعدل".[1]

ثالثا: التعريف القانوني للزواج:

عرف المشرع الجزائري الزواج في المادة 4 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: " عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب.[2]

وما يمكن استخلاصه من هذا التعريف، أن المشرع الجزائري اعتبر الزواج عقد رضائي، يتم برضا الطرفين أي أنه لا إكراه فيه ولا يجوز فيه الإجبار، فلقد اعتبر عنصر الرضا ركنا مهما وأصيلا، ويجب أن يكون صحيحا خاليا من العيوب لأنه هو الأساس والأصل في أركان عقد الزواج، إلا أنه الرضا أمر خفي يكمن في النفس البشرية لهذا وجب التعبير عنه عن طريق الإيجاب والقبول الصريح العلني واقترانهما[3].

ومن المستقر عليه قضاء وقانونا من طرف المحكمة العليا في اجتهاداتها، أن عقد الزواج يكون صحيحا إلا بتمام رضا الزوجين، ومن أهدافه المعاشرة على مودة ورحمة ومعروف والمحافظة على الأنساب، فإذا شاب عيب في أحد أهداف الزواج المذكورة في نص القانون جاز للزوجة طلب التطليق[4].

---

[1] محفوظ بن الصغير، المرجع السابق ، ص 28 ، نقلا عن السرخسي، المبسط، ط دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1993 ، ص 194.

[2] المادة 04 المعدلة بالأمر 05-02 ، المؤرخ في 27-02-2005 أضافت في تعريفها بالزواج بأنه عقد رضائي، وهذا التعديل جيد عكس القانون القديم رقم 84-11 المؤرخ في 09-06-1984.

[3] محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص 34

[4] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 57.

وبالإضافة إلى ذلك، صرح المشرع الجزائري بأن طرفي عقد الزواج هما الرجل والمرأة كما أنه نص على ضرورة احترام الشروط الشرعية، وذكر الهدف من عقد الزواج هو تكوين أسرة في جو من الطمأنينة والاستقرار،[1] وبينما جاء تعريف بعض الفقهاء بالتركيز على المتعة والاستمتاع في المقصود عقد الزواج، وإن كان هذا هو المقصود منه في التعريف به، إلا أن التعريف عند خلوه في ذكر ذلك يجعله غير مانع، ومن شروط التعريف أن يكون جامعا مانعا[2].

ولكن لعل هذا الإغفال من طرف المشرع الجزائري هو الخشية من أن يظن البعض أن عقد الزواج موضوع في الإسلام لمجرد الاستمتاع واللذة، فقرر ذلك وذكر الغاية منه في تكوين أسرة أساسها المودة والتعاون وإحصان الزوجين والحفاظ على الأنساب[3].

وما يمكن استنتاجه، أن الزواج هو عقد شرعي قانوني صحيح مستوفي جميع الشروط القانونية المحددة والشرعية بين رجل وامرأة لتأسيس كيان أسري جديد، عن طريق إنشاء رباط غليظ في جو أسري تسوده الطمأنينة والمعاشرة بالمعروف والمودة والرحمة، وتحمل كل طرف الأعباء الناجمة عن هذا الزواج.

فباعتباره عقد مدني يتطلب لانعقاده توفر الشروط اللازمة لصحته من ولي وشهود وخلوه من الموانع الشرعية، وأهلية كاملة لإبرامه لأن هذه الأخيرة محل بحثنا باعتباره صلاحية تثبت للإنسان من يوم ولادته حقوق من قبل الغير، وتلزمه بجملة من الالتزامات نحوهم، حيث أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى تعريفها بل اكتفى بالنص عليها في القانون في المادة 40 من القانون المدني الجزائري، والتي جاء في نصها : " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه

[1] العربي بلحاج، المرجع نفسه، ص56.

[2] محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص 34.

[3] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 57.

العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد 19 سنة كاملة[1].

ومنه، يعتبر عقد الزواج عقد تحمل مسؤولية مالية واجتماعية يتطلب منا توفر أهلية كاملة للقيام بشؤون الحياة.

الفرع الثاني:

تعريف القـــاصر

القاصر هو الذي لا يملك القدرة على تدبير مصالحه وشؤونه المالية وإستغلال أمواله بشكل جيد، فالمعنى المقصود هو عدم صلاح العقل لنقص في العقل والإدراك والتمييز، وكذلك عدم القدرة على تسيير أموره الشخصية والقانونية بشكل صحيح، فنظرا لتطور المجتمع وتعقد مسار الحياة فيها، فيفرض تأخير سن الرشد إلى غاية النضوج العقلي وامتلاك القدرة على تسيير أموره بشكل سليم، ومن هنا سنتعرف أكثر على القاصر في أربع نقاط متتالية.

أولا: تعريف القاصر في اللغة:

لقد إتفق الفقهاء على تعريف القاصر في اللغة من خلال الطول والعجز القَصْرُ والقَصَرُ في كل شيء خلاف الطول، وأيضا يدل على الحبس، ففي حديث عمر رضي الله عنه فإذا هم رَكْبُ قَدْ قَصَرَ بهم الليل أَيحبسهم، وقيل قصر عنه تركه وهو لا يقدر عليه.[2]

[1] المادة 40 من الأمر رقم 5875، المؤرخ في 20 رمضان 1395، الموافق ل 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج –ر عدد 78، الصادر في 30 سبتمبر 1975، المعدل و المتمم بموجب القانون 05–10، المؤرخ في 20 يونيو 2005، جريدة رسمية عدد 44، سنة 2005.

[2] ابن منظور، لسان العرب، تحقيق: عبد الله على الكبير ومحمد أحمد حسب الله وهاشم محمد الشاذلي، ط 1، دار المعارف، القاهرة، مصر، 1968، ص 3642

القُصْرُ أيضا هو كفَكَ نفسك عن شيء، وقصرت نفسي على كذا أقصرها قَصْرًا، وقاصرات الطرف القرآن أي قَصَرْن طرفهن على أزواجهن، والقَاصرُ: كل شيء قصَرَ عنك، وأقصر عما كان عليه [1]

ثانيا: تعريف القاصر في الفقه الإسلامي:

بعد بحثنا على مفهوم القاصر عند فقهاء الشريعة الإسلامية تبين لنا أن الفقهاء لم يتعرضوا لمصطلح القاصر بل درجوا على إستعمال مفردات أخرى دالة على القاصر كالغلام والفتى الصغير والطفل والصبي، إلا أن الفقهاء إنتهجوا منهج أخر للتفريق بين القاصر والراشد، فمناط التكليف عند فقهاء الشريعة هو الحلم والبلوغ، فهذا الأخير هو الذي يدل على أهلية الزواج، وهو خمسة عشرة سنة عند غالبية الفقهاء بالاعتماد على حديث الرسول صلى الله عليه وسلم، عن نافع ابن عمر قال: " عرضني رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم أحد في القتال، وأنا إبن أربع عشرة سنة، فلم يجزني وعرضني يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازني، قال نافع : فقدمت على عمر بن عبد العزيز وهو يومئذ خليفة فحدثه هذا الحديث، فقال: إن هذا الحد بين الكبر والصغر،[2] فتحديد سن البلوغ يتحدد من علامات البلوغ ومنه يكون هذا السن هو سن أهلية الزواج.

ومن بعض المصطلحات التي تعرض لها الفقهاء الدالة على القاصر هي الفتى، الغلام، الصبي الطفل الحدث، المميز، سنتطرق لها بشيء من التفصيل لاحقا، وأما الفتى في لسان

[1] الخليل بن أحمد الفراهيدي، كتاب العين مرتبا على حروف المعجم، تحقيق عبد الحميد الهنداوي، ط 1، المجلد الثاني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1863، ص395.

[2] حفيظة فضلة، السلطة التقديرية للقاضي في مسائل الزواج و إنحلاله، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة العربي بن مهيدي، أم بواقي، سنة 2019، 2020، ص 106 .

العرب هو الشَّابُ الْحَدَث الذي شد وقوي هو الحدث اليسن،[1] وأما الغلام: من حين يُولد إلى أن يشيب[2].

وما يمكن استنتاجه، أن الفقهاء لم يتعرضوا إلى مصطلح القاصر بل عبروا عنه بمصطلحات مشابهة، قد فرقوا بين الصغير والكبير أي القاصر والراشد بلغة القانون والحلم والبلوغ، أي أن البلوغ هو الذي يدل على النضج العقلي والإدراك والتمييز بين النافع والضار وجعلوا سن أهلية الزواج مرتبط بالبلوغ، وهذا ما دفعهم لإعتبار البلوغ سن أهلية الزواج، نظرا لأهمية هذا التصرف الشرعي والقانوني، ومنه قياسا على هذا نستنتج أن في نظرهم هناك تصرفات قانونية أخرى تقاس بالبلوغ.

ثالثا: تعريف القاصر في القانون:

إن القوانين الوضعية لم تتطرق إلى مفهوم مصطلح القاصر، إنما عرف فقهاء القانون القاصر بأنه كل ذكر أو أنثى لم يبلغ سن الرشد القانوني،[3] كما أنهم شاركوا فقهاء الشريعة الإسلامية في إستعمال مصطلحات أخرى للدلالة على القاصر: "صغير السن والحدث".

إلا أن هذه الألفاظ كلها تدل على القاصر الذي درج في القانون أكثر من باقي المصطلحات، إذن فهذه المصطلحات المذكورة إنما هي مسمى لفئة عمرية واحدة،[4] فالشخص يمر مراحل مختلفة في حياته إذ يبدأ صغيرا غير مميز، ثم بعد ذلك في مرحلة معينة يبدأ التمييز إلا أنه لا تتوفر له كل أسباب التمييز والإدراك إلى إن يبلغ سن الرشد القانوني كما قسمها المشرع الجزائري إلى ثلاث مراحل على النحو الآتي:

---

[1] حفيظة فضلة، المرجع نفسه، ص 85.

[2] ابن منظور، المرجع السابق، ص 3348.

[3] أحمد بوكرازة، المسؤولية المدنية للقاصر: دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم، القانون الخاص، قسنطينة، الجزائر، 2003، 2004، ص 45.

[4] حفيظة فضلة، المرجع السابق، ص 108.

المرحلة الأولى: الصبي غير المميز: نص عليها المشرع الجزائري في الفقرة 2 من المادة 42 من القانون المدني الجزائري، ويترتب على ذلك إنعدام الأهلية، وبالتالي لا يمكنه القيام أو مباشرة التصرفات القانونية، فهي باطلا بطلانا مطلقا، وهو ما أكدته المادة 82 من قانون الأسرة الجزائري.

المرحلة الثانية: الصبي المميز القاصر": تكون إذا بلغ الشخص سن 13 سنة، فيصبح مميز وتكون له أهلية أداءه ناقصة لأنه لم تتوفر أسباب التمييز كاملة إلى أن يبلغ سن الرشد،[1] حسب ما نصت عليه المادة 43 من القانون المدني الجزائري.

المرحلة الثالثة: مرحلة كمال الأهلية، تكون ببلوغ الشخص 19 سنة كاملة بنص المادة 40 من القانون المدني الجزائري، فيكون بها قادرا على تحمل الإلتزامات والتمتع بالحقوق، وكذا المادتين 82 و83 قانون الأسرة الجزائري، فيكون الشخص هنا لديه ولي أو وصي قانوني يتولى شؤونه القانونية، وأما إذا أقدم على تصرفات قانونية فتكون نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة، وموقوفة إذا كانت دائرة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يترك الأمر للقاضي.

وما يمكن استنتاجه، أن المشرع الجزائري لقد استخدم مصطلح القاصر فقط، وهي تدل على مرحلة ما قبل سن 19 سنة أي قبل بلوغ سن الرشد القانونية، والتمعن في مواد القانون من القانون المدني وقانون الأسرة، تبين لنا أنه قد قسم حياة الشخص إلى 3 مراحل حياتية مرحلة الجنين قبل ولادته ورتب له بعض الحماية والمرحلة الثانية هي مرحلة قبل التمييز، أي أن الشخص هنا يفتقر إلى التمييز والإدراك، وتعتبر جميع تصرفاته باطلة وقد حددها ابسن قبل 13 سنة، وبعد هذا السن يصبح القاصر صبي مميز، ولكنه يبقى ناقص التمييز والإدراك، وتكون ما بين 13 سنة إلى 19 سنة، وهنا تكون بعض تصرفاته نافذة أي نافعة له، فقد أقر هذه الأحكام حماية للقاصر فاقد التمييز أو ناقص الأهلية حفاظا على حقوقه.

[1] نبيل إبراهيم سعد مدخل إلى القانون نظرية الحق، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، مصر، 2010، ص 170.

رابعا: تمييز مصطلح القاصر عن بعض المصطلحات المشابهة له:

نتناول تمييز مصطلح القاصر عن بعض المصطلحات المشابهة له من خلال التطرق لتمييزه عن الصبي، الحدث، الطفل والمميز في أربع نقاط متتالية.

1 – تمييز القاصر عن الصبي:

الصبي في لسان العرب هو من لَدُنْ يُولَدُ إلى أن ينظم وقيل رأيته في صباه أي في صغره والصبي الغلام والجمع صبية وصبيان[1]، وأما اصطلاحا فالصبي هو من لم يبلغ عموما، ويتم تحديد البلوغ بعلامات يشترك فيها الذكر والأنثى، ويختلف فيها من بعضها إلى أخر.[2]

2 – تمييز القاصر عن الحدث:

المقصود بالحداثة حداثة السن، وهي والحديث أي الجديد،[3] ومصطلح الحدث يطلق على صغير السن الذي لم يستكمل الأمر بعد، وهو الصبي منذ ولادته إلى غاية بلوغه سن الرشد الجزائي 18 سنة، وكما أشار قانون حماية الطفل 15-12[4] إلى أن مصطلح " الحدث" هو نفسه الطفل.

[1] ابن منظور، المرجع السابق، ص 2397.

[2] عبد الله فاسي المركز القانوني للقاصر في الزواج و الطلاق رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، تلمسان الجزائر سنة 2015، ص 17.

[3] ابن منظور، المرجع السابق، ص 797 .

[4] قانون رقم 15/12، مؤرخ في 28 رمضان عام 1436هـ الموافق ل 15 يوليو سنة 2005م، يتعلق بحماية الطفل، الجريدة الرسمية عدد 39، المؤرخة في سنة 2015

3 – تمييز القاصر عن الطفل :

نقصد بالطفل هو الصغير من كل شيء، وهو الحديث في السن[1] فعرفه ابن قدامى بأنه "الطفل، وهو من له دون البيع[2]، وكما عرفه قانون حماية الطفل في المادة 02 : هو كل شخص لم يبلغ 18 سنة كاملة، والذي لم يبلغ 10 سنوات لا تكون في حقه أي عقوبة.

4 – تمييز القاصر عن المميز:

المقصود بالمميز هو من يفهم الخطاب ويرد الجواب، ولا يضبط بسن معينة، فهذا الصنف لا يتمتع بأهلية الأداء أي ليس لديه أي تكليف شرعي أو قانوني، وهذا راجع إلى نقص النضوج العقلي لسبب صغر سنه كما حدده القانون المدني بسن 13 سنة سن التمييز،[3] وما بين سن 10و 13 سنة، فتتم متابعته لكن بعقوبات تتضمن توجيهات وإصلاحات " توبيخ / إنذار"، ومن 13 سنة إلى 18 سنة تتم معاقبته في حال ارتكابه الجريمة ما بوضعه في مؤسسة الأحداث.[4]

ومما تقدم عرضه، نلاحظ أن التمييز مصطلح القاصر عن المصطلحات المشابهة له بأنه لا يوجد اختلاف في المعنى، بل إنها مصطلحات مختلفة تعبر عن شخص أو فئة معينة واحدة، فاختلفت التسميات باختلاف الموضوعات، ففي الجزائي يطلق عليه مصطلح طفل وحدث، أما المشرع الجزائري، وخاصة المشرع المدني يطلق عليه مصطلح القاصر، وفي الأسرة أيضا، أما فقهاء الشريعة الإسلامية فتنوعت تسمياتهم من الغلام، الصبي، الفتى والقاصر في القانون يكون في مرحلة منعدم التمييز لديه أي قبل 13 سنة، وتتوفر لديه بعض أسباب التمييز ببلوغه 13 سنة.

---

[1] ابن منظور، المرجع السابق، ص 2682

[2] حفيظة فضلة، المرجع السابق، ص107، نقلا عن : إبن قدامة، موفق لبدين عبد الله بن أحمد بن قدامة، المغني، ط5،دار الفكر، بيروت، لبنان، 1985، ص 121.

[3] عبد الله فاسي، المرجع السابق ، ص 17 .

[4] القانون رقم 15 – 12 المذكور سابقا.

الفرع الثالث:

التعريف المقترح للترخيص بزواج القاصر

إن تعريف زواج القصر من الناحية القانونية أقره المشرع الجزائري في المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري حيث نصت على أن سن الزواج القانوني 19 سنة، وعقد الزواج لا يمكن أن ينعقد قبل بلوغ سن الرشد القانوني، أما الفقهاء فحددوا بلوغ سن الزواج بعلامات البلوغ التي تظهر على الذكر والأنثى، وأما إذ أراد الطرفان أو أحد أطراف الزواج قبل بلوغ سن الرشد القانونية لابد من الحصول على ترخيص من قاضي شؤون الأسرة الذي يرخص بالزواج قبل ذلك بعد أن تثبت أمامه ضرورة أو مصلحة للقاصر من هذا الزواج، وأيضا متى تأكدت قدرة الطرفين في الزواج.

ولنتعرض للتمييز بين سن زواج القصر وزواج الصغار، و تعريف الترخيص بالزواج في نقطتين متتاليتين.

أولا: **التمييز بين زواج القصر وزواج الصغار:**

لقد إختلف الفقهاء في حكم زواج الصغير والصغيرة على ثلاث مذاهب، والصغير هنا أي دون سن البلوغ، فمنهم من ذهب إلى عدم صحة هذا العقد كزواج، ومنهم من اعتبره صحيحا.

فيرى أصحاب المذهب الأول أي جمهور الفقهاء إلى أنه يجوز زواج الصغير والصغيرة[1]، وإستدلوا في ذلك على قول عائشة رضي الله عنها: حدثنا قبيصة بن عتبة حدثنا سفيان عن هشام بن عروة بن عروة: " تَزَوَّجَ النَّبِيُّ صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلّمَ عَائِشَةَ، وَهِيَّ بِنْتُ سِتُّ

[1] جميل فخري محمد جانم ،مقومات عقد الزواج في الفقه و القانون، دار الحامد، الأردن، سنة 2008، ص 196

سِنِينَ وَبَنَى بِهَا وَهِيَ بِنْتُ تِسْع،[1] وَمكَثَتْ عِنْدَهُ تِسْع، وَأَيْضًا قوله تعالى " وَأَنْكِحُوا الأَيَامَى مِنْكُمْ".[2]

وإختلف أصحاب هذا المذهب، فيمن يحق له إجراء هذا العقد، فقال الحنابلة: من حق الأب فقط، وقال الشافعية أن هذا حق الأب والجد، و ال المالكية بأنه للأب ووصيه فقط، وقال الحنفية وإلى أن لجميع الأولياء حق تزويج الصغير أو الصغيرة من الكفة بمهر المثل والصغير الفسخ إذا زوجه غير الأب.[3]

وكما ذهب أصحاب المذهب الثاني، ومنهم ابن شبرمة وعثمان البتي وأبو بكر الأصم إلى أنه لا يجوز تزويج الصغير والصغيرة مطلقا، وأن زواج الصغار باطل لا يترتب عليه أي أثر وأدلتهم في ذلك: قال الله تعالى " **وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ**".[4]

ولا فائدة من زواج الصغير، إذ أن الزواج قائم على المعاشرة والتناسل، ولا يتحقق شيء من ذلك في هذا الزواج بل قد يكون فيه ضرر عندما لا يكون هناك توافق وإنسجام وعدم رغبته نتيجة لإجبارهم على هذا الزواج[5]

وأما أصحاب المذهب الثالث، فقد ذهب ابن حزم إلى التفرقة بين زواج الصغير وزواج الصغيرة، فأجاز تزويج الأب للصغيرة ولم يجز للصغير بل إعتبره باطلا .[6]

---

[1] أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، الطبعة الأولى، دار إبن الكثير ، دمشق، بيروت، 1463هـ، ص 1315.

[2] سورة الطلاق، الآية 4.

[3] جميل فخري محمد جانم، المرجع السابق، ص 197.

[4] سورة النساء، الآية 6. .

[5] جميل فخري محمد جانم، المرجع نفسه، ص 168.

[6] جميل فخري محمد جانم، المرجع نفسه، ص 198 .

وإننا نميل ونرجح المذهب الثاني، حيث لا يجوز تزويج الصغيرة أو الصغير فمناط التكليف هو التمييز، وهنا صغير السن لا يتمتع بأي تمييز أو إدراك، ولا يوجد أي نفع في هذا الزواج ولا يحض بالأهداف المرجوة من الزواج بل يكون فيه ضرر وأخطار على صحة الصغير، وتلحق به أيضا أضرار نفسية، ويؤدي إلى الطلاق لعدم الإنسجام بين الزوجين هذا الرأي هو الذي أخذ به المشرع الجزائري.

فلم يضع المشرع الجزائري في نص قانوني صريح بل نفهمه ضمنيا من تحليل النصوص القانونية حيث أنه وضع شروط جعله زواج برخصة من قبل قاضي شؤون الأسرة، وبعد أن يتبين له مصلحة أو ضرورة في هذا الزواج، والتأكد من قدرة الطرفين على هذا الزواج، إلا أنه أهمل نقطة مهمة وتغافل عنها، وهي وضع حد أو السن الأدنى، الذي لا يجوز للقاضي أن ينزل عنه في منح الترخيص القضائي بالزواج.

وهذا زواج الصغار قد تنجر عليه مشاكل إجتماعية، إذ أن الإنسان بعد الإدراك قد يجد نفسه مضطرا إلى إعادة الإختيار، ومما يؤدي إلى الطلاق، لأن الأصل في الزواج المودة والتعاطف.[1]

ثانيا: تعريف الترخيص بزواج القاصر:

وحد المشرع الجزائري بموجب التعديل الأخير لقانون الأسرة الجزائري سن أهلية الزواج بالنسبة للمرأة والرجل بـ 19 سنة، وهذا تعديل منطقي تماشيا مع سن الرشد المدني،[2]حسب نص المادة 40 من القانون المدني الجزائري.

---

[1] عيسى حداد، المرجع السابق ، ص 85.

[2] الرشيد بن شويخ شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل : دراسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، ط 1، دار الخلدونية الجزائر، 2008، ص .....

فقانون الأسرة الجزائري حدد سن الزواج ب 19 سنة، فهذا هو الأصل أن يتم الزواج عند إكتمال أهلية الزواج بنص المادة 07 منه، ولكن نفس المادة أجازت الإعفاء من سن الزواج والترخيص صراحة لمن أراد الزواج قبل هذا السن القانونية، وهذا يكون لمصلحة أو ضرورة، والتأكد من قدرة الطرفين على هذا الزواج، فالقاضي هنا عنده نظرة للطلب بالترخيص بزواج القاصر المقدم له، فكأن القاضي هنا يتولى مهمة الولي الشرعي على القاصر، وهذا من خلال رعاية مصالح هذا القاصر والتأكد من المصلحة التي سيجنيها هذا القاصر من الزواج أو الضرورة الملحة التي لا تحتمل التأجيل، وكذا مراعاة قدرة الطرفين على هذا الزواج.

المطلب الثاني:

تعريف الترخيص بزواج القصر

إذا أراد الطرفان الزواج في حالة ما قبل السن القانونية المحددة ب 19 سنة كان لهما ذلك، لكن لابد من طلب ترخيص بالزواج يمنحه القاضي المختص قانونا، ودوره في منح الترخيص هو أمر مكمل لنص المادة 9 مكرر [1]التي تشترط الأهلية في عقد الزواج والإعفاء منها شرط مخول لقاضي شؤون الأسرة دون سواء إذا تبين له توفر مصلحة الطرفان أو أحدهما أو ضرورة ملحة لإبرام هذا العقد، وكما ينبغي له التأكد من القدرة الجسدية والمادية والنفسية الأطراف العقد.

حيث أن المشرع الجزائري لم يقدم تعريفات لتوضيح الصورة بل اكتفى بنص المادة 7 فقط من قانون الأسرة الجزائري، وترك مسألة التعريف للفقهاء لهذا تم الاطلاع على أراء وتعريفات الفقهاء من أجل التعرف على الجانب المفاهيمي لترخيص بزواج القاصر، وللإحاطة أكثر بالجانب المفاهيمي للترخيص بزواج القاصر تطلب منا تعريف مصطلح الترخيص القضائي، ومن ثم تعريف مصطلح زواج القاصر وتمييزه عما يشابهه في مطلبين متتاليين.

[1] المادة 9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الأول:

تعريف التــرخيص

حاول المشرع الجزائري من خلال نص المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري تنظيم مسألة الزواج قبل سن الأهلية ذلك من خلال إستصدار إذن أو ترخيص من المؤهل له قانونا، إلا أن المشرع الجزائري لم يعط تعريفا للإذن، بل أشار إلى ضوابط أو معايير التي يستند عليها القاضي في منح الترخيص بالزواج، ولنتناول تعريف الترخيص من خلال التطرق لتعريفه لغة وإصطلاحا في نقطتين متتاليتين.

أولا : التعريف اللغوي للترخيص:

الترخيص (اسم) أصلها ترخيص مصدرها رَخَصَ، وقد ورد الإذن في المعجم الوسيط وهو فك الحجر وإطلاق التصرف لمن كان ممنوعا منه شرعا، وبإجازة الشيء والرخصة فيه[1].

الترخيص معناه الإذن ومنه قوله تعالى : "... فَهَدَى الله الذينَ آمَنُوا لِمَا إِخْتَلَفُوا فِيهِ مِنَ الْحَقِ بإذنه...."[2].

والترخيص هو السماح بالشيء، والإذن بما هو ممنوع أي التفويض والإجازة[3]،إذن الترخيص هو الإذن بالشيء أي إجازته.

[1] إبراهيم مصطفى و آخرون، المعجم الوسيط، ط 4 ، مكتبة الشروق الدولية، سنة 2008، ص27.

[2] سورة البقرة الآية 213.

[3] نور الدين عصام، معجم نور الدين الوسيط، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، سنة 2005، ص360.

ثانيا : التعريف الاصطلاحي للترخيص:

الترخيص هو إذن تمنحه السلطة الصالحة قاضي أو ولي لشخص للقيام بعمل قانوني لا يستطيع هذا الشخص إعتياديا أن يقوم به بمفرده إما بسبب نقص الأهلية، وإما بسبب حدود سلطاته العادية أو صلاحياته مثلا : إذن الولي المطلوب لزواج ابنته القاصرة[1].

وإذن القاضي اسم يعطى من الممارسة لحرية التصرف بطريقة محددة يعود للقاضي منحها في الحالات المبينة في القانون[2].

وما يمكن استخلاصه من التعريف الاصطلاحي، أن الترخيص القضائي بزواج القاصر هو رخصة القاضي المختص قانونا بناءً على طلب من الولي أو القاصر، و للقاضي السلطة التقديرية في منح هذا الترخيص بالزواج دون السن القانونية مع مراعاة الشروط التي نص عليها قانون الأسرة الجزائري.

الفرع الثاني:

تمييز الترخيص بزواج القاصر عن بعض المصطلحات المشابهة له

حدد المشرع الجزائري سن البلوغ وإكتمال الأهلية بتمام 19 سنة، بناء على هذا قبل هذا السن يعتبر الشخص قاصرا، ولا يمكنه التصرف في نفسه و أمواله أو إعتبار التصرفات القانونية التي يقوم بها صحيحة بالرغم من توفر بعض أسباب التمييز والإدراك، وتوفر القدرات

[1] جيرار كورنو، معجم المصطلحات القانونية، ترجمة منصور القاضي، ط 1 ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، معجم التوزيع، بيروت، 1998، ص 12.

[2] جيرار كورنو، المرجع السابق، ص 113.

الجسدية في القاصر، إلا أنه أورد بعض الإستثناءات التي تمكن هذا القاصر من القيام وإبرام بعض التصرفات، وإلا أن هذا يكون بناء على ترخيص من القاضي الذي يمنحه صلاحية التصرف في بعض أمواله، وهذا طبقا لنص المادة 84 من قانون الأسرة الجزائري،[1]أو مزاولة التجارة بعد أن يتم ترشيده بالشروط المنصوص عليها في المادة 05 من ذات القانون.[2]

فالقاصر إذا أراد القيام ببعض التصرفات يحتاج إلى ترخيص قضائي من قبل القاضي المختص، فهذه كلها يحتاجها القاصر في حين أنه لكل ترخيص خصائص وشروط معينة تختلف عن الترخيص القضائي بالزواج، ولنتعرض لتميز إذن القاصر بالزواج عن الترخيص الممنوح له بالتصرف في أمواله أو الترشيد لممارسة التجارة، وكما سنميزه عن الترخيص الاداري الذي يمنح لموظفي بعض اسلاك الأمن، وأيضا نميزه عن الحكم القضائي.

أولا: تمييز الترخيص بالزواج عن الترشيد القاصر للتصرف في أمواله:

لقد تعرض المشرع في قانون الأسرة الجزائري إلى ترخيص القاصر بالزواج، وكذلك قد نص على ترشيده للتصرف في أمواله، ولكن ذلك بناءً على إذن يمنحه قاضي شؤون الأسرة، فالمشرع هنا منح القاضي سلطة تقديرية واسعة في منح هاذين الترخيصين، وكما أن هاذين الترخيصين يكونان من الأعمال الولائية بموجب نص المادة 480 القانون نفسه، ويتم إصدارهما بموجب أمر على عريضة بنص المادة 479 من ذات القانون، فيمنح الترخيص المسبق

[1] نصت المادة 84 من قانون الاسرة الجزائري : " للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن التمييز في التصرف في أمواله جزئيا أو كليا بناءً على طلب من له مصلحة ، و له الرجوع في الإذن إذا ثبت لديه ما يبرر ذلك.

[2] تنص المادة 05 قانون تجاري جزائري : " لا يجوز للقاصر المرشد ذكر أو أنثى البالغ من العمر ثمانية عشر كاملة، والذي يريد مزاولة التجارة أن يبدأ في العمليات التجارية، كما لا يمكن اعتباره راشدا بالنسبة للتعهدات التي يبرمها عن أعمال تجارية إذا لم يكن قد حصل مسبقا على إذن والده أو أمه أو على قرار مجلس العائلة مصدق عليه من المحكمة.

المنصوص عليه قانونا، والمتعلق ببعض تصرفات الولي من قبل قاضي شؤون الأسرة بموجب أمر على عريضة"[1]

فيختلف الترخيص بالزواج عن الترشيد القاصر للتصرف في أمواله من حيث النقاط الآتية:

– بنص المادة 84 من قانون الأسرة الجزائري، يتم ترشيد القاصر المميز أي الذي بلغ 13 سنة بنص المادة 42 من القانون المدني الجزائري، وفي حين أنه لم يتم تحديد السن الأدنى الذي لا ينزل عليه القاضي في منح الترخيص بزواج القاصر.

ولقد مكن المشرع الجزائري القاصر من التصرف في أمواله جزئيا أو كليا بناء على طلب من له مصلحة[2] على العكس من الترخيص بزواج القاصر.

– خلافا لأحكام الترخيص القضائي لزواج القصر، فالقاضي يمكنه منح القاصر المميز الإذن القضائي لمباشرة التصرف في أمواله دون قيد، إلا أن هذا القيد غير فيها إذ يجوز للقاضي الرجوع فيه إذا ثبت له ما الرجوع كان بتصرف القاصر في أمواله بإشراف وتسيير، وهذا ثابت في نص المادة 84 من قانون الأسرة الجزائري، وفي حين أن هذا يعارض مع الإذن بزواج القصر، إذ أن الزواج يتمتع بخصوصية تميزه عن سائر العقود الأخرى .[3]

ثانيا: تمييز الترخيص بزواج القاصر عن الترشيد لممارسة التجارة:

يلزم لإعتبار الشخص تاجرا وفقا للمادة 1 من القانون التجاري الجزائري ضرورة توافر شروط محددة قانونا تتمثل في مباشرة الأعمال التجارية وإمتهانها، وتسجيل النشاط في السجل

[1] المادة 480 من القانون رقم 08/09 مؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية عدد 21، مؤرخة في 23 مارس 2008.

[2] سناء شيخ، مقال الضوابط القانونية لإدارة أموال القاصر والتصرف فيها، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، تلمسان، الجزائر، 2014، ص 259.

[3] سناء شيخ، المرجع نفسه، ص 260.

التجاري، إلى جانب توفر السن القانونية 19 سنة، إلا أن المشرع الجزائري أورد إستثناء على هذا الشرط الأخير، وهو إمكانية ترشيد القاصر لممارسة التجارة[1].

فقد نظمها المشرع الجزائري بصفة إستثنائية بموجب قواعد خاصة تمكن القصر دون سن 19 سنة من مزاولة التجارة عن طريق الترشيد، إذا توافرت في القاصر الشروط الموضوعية المنصوص عليها في المادة 05 فقرة 1 من قانون الأسرة الجزائري، ومع ضرورة توافر الشروط الشكلية، ومن بين الشروط الأساسية لممارسة التجارة لابد من بلوغ القاصر 18 سنة يتم ترشيده[2] وأيضا لابد له من الحصول على إذن والده أو أمه أو على قرار من مجلس العائلة مصادق عليه من المحكمة فيقرره القاضي بموجب أمر ولائي حسب المادة 470 من قانون الإجراءات المدنية والادارية الجزائري.

ويختلف عن الترخيص بزواج القاصر لأن هذا الأخير يصدر عن قاضي شؤون الأسرة المختص بعد أن يقدر المصلحة والضرورة وقدرة الطرفين على الزواج، ويمكنه الرفض إذا تبين للقاضي أنه لا تتوفر الشروط المطلوبة، وفي حين أن الترشيد لممارسة التجارة يصدر عن الولي "الأب أو الأم"، أو بقرار صادر عن مجلس العائلة مصادق عليه من المحكمة المختصة.[3]

ثالثا: تمييز الترخيص بزواج القاصر عن ترخيص زواج أسلاك الأمن:

لقد جاء في المادة 23 من المرسوم رقم 83-481 الصادر في 13/08/1983 المتعلق بالقواعد المطبقة على موظفي الأمن الوطني، إنه لا يجوز لموظفي الأمن الوطني عقد زواجهم

[1] سامية حساين مقال الأهلية التجارية للقاصر وحماية أمواله في التشريع الجزائري، المجلة النقدية، بومرداس، الجزائر، سنة 2014، ص 187.

[2] سامية حساين، المرجع نفسه، ص 191.

[3] سامية حساين، المرجع نفسه، ص 192

دون ترخيص كتابي مسبق من الجهة التي لها سلطة تعيينهم " وزارة داخلية " ، وأن طلب الرخصة بالزواج يجب أن يقدم قبل ثلاثة أشهر من موعد الاحتفال بالزفاف.[1]

وجاء في المادة 24 من القانون المذكور أعلاه، أن موظفي الشرطة من النساء لا يستطعن عقد زواجهن إلا بعد ترسيمهن، وكما أن زواج أفراد الجيش الوطني الشعبي مثله مثل زواج موظفي الأمن الوطني وزواج الأجانب، وزواج القاصرين يتطلب رخصة مسبقة من الجهات المعنية.

ولقد جاء في النصوص المتعلقة بالنظام العسكري، وفي منشورين صادرين عن وزارة العدل أحدهما بتاريخ 13/06/1967 يحمل رقم 324، والثاني بتاريخ 25/06/1968 يحمل رقم 364 و مفاده أن أفراد الجيش الوطني الشعبي لا يمكنهم الزواج إلا برخصة مسبقة ممنوحة من قبل مصالح الدفاع الوطني، وطلب الرخصة يشمل العسكريين الذين هم في الخدمة الفعلية، وكذلك رجال الدرك الوطني ن وكل المجندين الخاضعين لنظام الخدمة الوطنية.

وعليه، فإن أي أحد من العسكريين أو موظفي الشرطة أي الذين ينتمون لوزارة الدفاع ووزارة الداخلية قبل إبرام عقد زواجهم لا بد لهم من رخصة مسبقة، وإلا تعرضوا لعقوبات تأديبية، وكذلك أي شخص لا يمكنه الزواج إلا بعد الحصول على رخصة أو موافقة كتابية من والي الولاية وفقا للإجراءات أجنبي المتعلقة بزواج الأجانب.

وعليه، فإن أحد من العسكريين أو موظفي الشرطة و كذلك الأجانب لا بد لهم من التحصل على ترخيص لإبرام عقد زواجهم، ومما تقدم نستنتج أن الاختلاف بين الترخيص بالزواج القصر، وترخيص الذي يحصل عليه موظفي أسلاك الأمن يكمن في الجهة المصدرة، فالترخيص بزواج القصر يصدره قاضي شؤون الأسرة أما ترخيص موظفي الشرطة تصدره وزارة

[1] عبد الفتاح تقية، قانون الأسرة مدعما بالإجتهادات القضائية و التشريعية : دراسة مقارنة، ط1، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2011، ص 23-24.

الدفاع أي أن الاختلاف يكمن في الهيئة المصدرة، وأما ترخيص زواج الأجانب يمنح من طرف الوالي.

وما يمكن قوله هنا، إن الإختلاف القائم بين هذه التراخيص، يكون من خلال الجهة القضائية المختصة التي يتم أمامها تقديم طلب منح الترخيص بالزواج.

رابعا: تمييز الترخيص بزواج القاصر عن الحكم القضائي:

لإستنباط مواطن الإختلاف بين الترخيص بزواج القاصر والحكم القضائي، والتمييز لابد من التطرق إلى تعريف الحكم القضائي "هو كل قرار صادر من قاضي مختص وله ولاية في نزاع رفع إليه وله الشكل المكتوب، فالقاضي مقيد بتطبيق صحيح القانون "، وعليه من خلال تعريف كل من الترخيص بزواج القاصر سابقا والحكم القضائي يتضح لنا أن كلاهما يصدرهما القاضي المختص قانونا من خلال صلاحياته وسلطاته المخولة له بنص القانون،[1] والحكم القضائي يختلف عن الترخيص بزواج القاصر في النقاط الآتي:

– فالحكم القضائي يصدر بناء على سلطة قضائية للقاضي تمكنه من منح الحماية القضائية لحقوق الأفراد المتخاصمة، وأما الترخيص فهو قرار ولائي يصدره القاضي بناء على سلطة الأمر التي تمنح له لإصدار الأوامر، حيث يصدر في شكل مكتوب على عريضة مقدمة من صاحب المصلحة يطلب فيها الإذن من القاضي لكي يتمكن من ممارسة رقابة الإجراءات والشروط المطلوبة، ومنه يعتبر منح القاضي للترخيص من الأعمال الولائية طبقا لنص المادة 480 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري [2]، والاختلاف الجوهري هنا هو أن الترخيص القضائي أو نظام الأوامر الولائية يتم في غياب الخصومة ودون إعمال مبدأ المجابهة أو احترام حقوق الدفاع.

---

[1] نبيل إسماعيل عمر، النظام القانوني للحكم القضائي، ط 1 ، دار الجامعة الحديثة للنشر، الإسكندرية، 2006، ص 05.

[2] المادة 480 من القانون قانون الاجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

– الأصل أن القاضي يصدر أحكاما وفقا لسلطته القضائية أي أن للجميع الحق في اللجوء للقضاء لحماية والدفاع عن حقوقهم، وأما إستعمال سلطته الولائية فهي تكون في حالات معينة، وحصرا بنصوص قانونية حجية الشيء المقضي فيه تثبت للأحكام والقرارات القضائية، وكذلك الأثار القانونية المتولدة عن الأحكام تثبت فقط لما يعد حكما بشروط معينة، وأما الأوامر الولائية فلا يثبت لها شيء من ذلك الطلب القضائي المفتتح للخصومة والممهد لصدور الحكم القضائي يؤدي رفعه ولو إلى محكمة غير مختصة إلى قطع التقادم الساري لمصلحة المدين، وأما لتقدم بعريضة للحصول على أمر ولائي فهو لا يؤدي إلى قطع التقادم إلا إذا قضى القانون بذلك.[1]

المطلب الثالث:

الــولاية على زواج القاصر

لكي يتم إنعقاد زواج صحيح وسليم خالي من العيوب، بحيث لا يتم إبطاله أو فسخه، لا بد من تضمنه ركن الرضا بالإضافة إلى جملة من الشروط والأركان الأساسية الشرعية، التي حددها المشرع الجزائري بنص القانون المادة 09 مكرر من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ومن بين هذه الشروط شرط الولي في عقد الزواج، فالولي هو الذي يتولى رعاية من هم في ولايته وحماية مصالحهم، و تأمين شؤونهم الضرورية وكذلك تزويجهم، فولاية التزويج تكون من طرف الأب الجد تم ترتيبهم قانونا.

ولنتعرض للولاية في زواج القاصر من خلال التطرق لمفهوم الولاية والولاية على النفس في فرعيين متتاليين.

[1] نبيل إسماعيل عمر، المرجع نفسه، ص 110.

الفرع الأول:

مفهوم الـــولاية

إن القاعدة العامة في الولاية تكون من شخص بالغ عاقل أي كامل الأهلية لأنه في الأساس يقوم بحماية مصالح من هم في ولايته ورعاية شؤونهم، لهذا يجب أن تتوفر فيه شروط معينة،[1]العقل والبلوغ لأنه لابد له من تمييز النافع والضار لمن يعولهم لهذه فالولاية قسمان ولاية على النفس، وهو موضوعنا حيث سنفصل في هذه الولاية على نفس القاصر وأيضا الولاية على المال،[2] فهذه الأخيرة ليست موضوعنا الأساسي.

ومن هنا سنتطرق في هذا الفرع إلى تعريف الولاية، تعريف لغوي، الاصطلاحي، الفقهي، القانوني وبيان أقسامها خاصة في ولاية الاختيار والإجبار في الزواج.

أولا: تعريف الولاية: نتناول تعريف الولاية في عدة نقاط مهمة.

1 – تعريف الولاية في اللغة:

الولي هو الناصر " ولي " في أسماء الله تعالى : الولاية، النصرة كما جاء في قول الله عز وجل:" **وَالَّذِينَ آمَنُوا وَلَمْ يُهَاجِرُوا مَا لَكُم مِّن وَلَايَتِهِم مِّن شَيْءٍ**"[3]

---

[1] شروط الولي هي: يشترط في الولي بعض الشروط منها ما هو متفق عليه ومنها ما هو مختلف فيه، فالمتفق عليه هو لابد من أن تتوفر في الولي كمال الأهلية إذ أنه من غير المعقول تولي مصالح الأفراد شخص غير عاقل أو ناقص الأهلية أو عديم الأهلية، لا بد أن يميز النافع والضار والأصلح لمن تحت رعايته وكذلك لا بد من اتفاق الدين إذ أنه ولايته يعز المسلم على المسلم ولا للمسلم على غير المسلم، وكذلك توجد شروط غير متفق عليها منها المذكورة، ولا بد أن تتوفر فيه جملة من الصفات كالعدالة والأخلاق، للتفصيل أكثر أنظر: عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري حسب أخر تعديل له، ط 1 ، دار الخلدونية، 2007، ص .....

[2] ابن منظور، المرجع السابق، ص 4921 .

[3] سورة الأنفال الآية72.

والـولي: ولـي اليتيم الـذي يلـى أمْرَهُ ويقوم بكفايتـه، وولـي المـرأة: الـذي يلـى عقد النكـاح عليها، ولا يدعها تستبد بعقد النكاح دونه وفي الحديث، ويقال فلان أولى بهذا الأمر من فلان أي أحق به، وفي كلام العرب : منها المولى في الدين وهو الولي[1] لقوله تعالى " **ذَٰلِكَ بِأَنَّ اللَّهَ مَوْلَى الَّذِينَ آمَنُوا وَأَنَّ الْكَافِرِينَ لَا مَوْلَىٰ لَهُمْ** ..[2] الوليّ : المحب النصير وولى الشيء، وعليه ولايته أو هي المصدر، أو وليته الأمر وليته إياه وتولاه، اتخذه وليا، وأولى على اليتيم أو وصى. المولى: المالك، الرب، الناصر ، السلطان.[3]

2 – تعريف الولاية في الاصطلاح الفقهي:

الولايـة فـي إصـطلاح الفقهـاء هـي " سـلطة شـرعية تخـول لصـاحبها إنشـاء العقـود والتصرفات، وجعلها نافذة سواء كان موضوع التصرف يخصه هو أو يخص من في ولايته ممن عليه سلطة مستمدة من الشارع ابتداء، أو مستمدة من الغير بما في ذلك تصرفات الوكيل في حدود عقد وكالته[4]

ولقد إتفق الفقهاء على أنه يشترط لصحة الزواج أن يكون لمن يتولاه ولاية إنشاءه، إما بالنفس وإما بالغي، فإذا وجدت هذه الولاية صح العقد ونفذ، وإن فقدت بطل العقد عند الجمهور، وكان موقوفا عند الحنفية، [5]فيرى المالكية والشافعية والحنابلة، وكثير من العلماء إلى أنه لتكتسب المرأة سلطة تزويج نفسها ولا غيرها، وإنما يتولى تزويجها وليها وقد استندو في قولهم

[1] ابن منظور، المرجع السابق ، ص 4921.

[2] سورة محمد، الآية 11.

[3] مجد لين محمد الفيروز الأبادي، المرجع السابق، ص 1781.

[4] عيسى حداد ، المرجع السابق، ص 114،

[5] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، ط 4 ،المعدلة، جزء 09، دار الفكر المعاصر، دمشق، سوريا، 2004، ص

على الآية قوله تعالى " **وَأَنكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنكُمْ...**"،[1] فاعتبروا هذه الآية دليلا على أن ليس للمرأة سلطة التزويج.

وإستدلوا أيضا على ما ورد في السنة النبوية من أحاديث كثيرة تدخل في هذا الإطار منها، ما رواه الإمام أحمد عن أبي موسى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : " **لَا نِكاحَ إلَّا بولي** " قالوا هو صريح في أن لا يصلح الزواج دون ولي.[2]

لقد اختلف الفقهاء حول تعريف الولاية، فعرفت على أساس " قيام شخص كبير راشد على شخص قاصر في تسيير شؤونه الشخصية والمالية "، وأيضا هي : " سلطة شرعية تمكن صاحبها في مباشرة العقود وترتيب آثارا عليها دون توقف على إجازة أحد " .

وما يمكن ملاحظته، مما تقدم بأن الفقهاء لم يتفقوا على تعريف محدد للولاية فلكل نظرته، ولكنهم قد إتفقوا على حكمها فهي واجبة ولازمة خاصة في التزويج ، المرأة لا تزوج نفسها ولا غيرها " .

3 – تعريف الولاية في الإصطلاح القانوني:

لم يتعرض التشريع إلى تعريف الولي أو الولاية لأن التعريف من عمل الفقه، لهذا لم نجد إختلاف التعريف القانوني عن التعريف الإصطلاحي الفقهي.

إن الولاية تثبت على القُصُرْ أي الذين هم دون 19 سنة بنص القانون لهذا يتولى شؤونهم الولي لحماية مصالحهم لأن القاصر دون 19 سنة لا يعتد برضاه في مسائل الزواج، وكذلك تصرفاته القانونية في بقية العقود الخاصة الدائرة بين النفع والضرر نظرا لنقصان أهلية الأداء لديه، فطالما أن هذا الرضا لم يكتمل برضا وليه، وقد أجمعت على هذه القاعدة كل القوانين الوضعية.

---

[1] سورة النور، الآية32.

[2] رشيد بن الشويخ، المرجع السابق، ص 63 .

فالولايـة سلطة منحهـا القـانون لشـخص كولايـة الأب، الجـد علـى نفس الغيـر أو مالـه أو نفسه أو معا، وذلك وفق ما حدده القانون فلقد نظم المشرع الجزائري مسائل الولاية على القاصر فـي القانون المدني وقانون الأسرة الجزائري، ومـا تتوافر من شروط في كل من الولي والمولى عليه فالولي لابد أن يتصرف بحرص علـى أموال القاصر، وأيضـا حماية مصـالح من هم فـي رعايتـه إذن فالولايـة لا تكـون متعديـة وهـي ولايـة الشـخص علـى غيره، وإن كانـت لـه ولايـة علـى نفسه، وهذا النوع الأخير ينقسم من حيث من تثبت له ولاية أصلية ونيابية.[1]

ومـا يمكن استنتاجه، أن الولايـة هـي بمثابـة رخصـة تثبـت للولي، وهو الأب أو الجد كما حـددهم القـانون، علـى نفس الغيـر وسببها راجـع إلـى نقص التمييـز والإدراك، فمن لـم يبلـغ سن الرشـد القـانوني 19 سـنة أو كـان فاقـد الأهليـة، فيتـولى جميـع أمـوره علـى مالـه أو نفسـه وليـه القانوني، وذلك يكون وفق للقواعد القانونية التي نظمها المشرع الجزائري.

الفرع الثاني:

الولاية على نفس القاصر

تنقسم الولايـة إلـى ثلاثـة أقسـام، يتمثـل القسـم الأول فـي ولايـة علـى الـنفس، ويتمثـل القسـم الثاني في ولاية على المال، وأما القسم الثالث في ولاية على النفس والمال معا.

إن الإنسـان يقـوم بعـدة تصـرفات إمـا تكـون متعلقـة بمـن هـم فـي رعايتـه، فتشـمل القيـام بشؤونه مثل تعليمه، ملبسه وتزويجه، فتسمى ولاية على النفس، وإما تكون متعلقة بمال من في رعايتـه فتشـمل رعايـة المصـالح الماليـة وهـذه الولايـة علـى المـال، فهـذه أنـواع الولايـة ومـا يتعلـق بموضوعنا هو الولاية على النفس، وهي ولاية تكون للأب والجد[2]

[1] عبد الله فاسي، المرجع السابقّ، ص 44-46.

[2] وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 669.

أولا: الولاية في الزواج:

إن الولاية في الزواج هي السلطة أو الصلاحية المحددة بنص القانون التي تخول للولي القبول أو الرفض بشأن الزواج المولى عليها وتولي إبرام العقد عليها، ويقسم الفقهاء الولاية في الزواج إلى قسمين أساسين هما ولاية إجبار وولاية إختيار.[1]

أ – ولاية الإجبار:

ولاية الإجبار هي تنفيذ القول على الغير،[2] فهي سلطة ثابتة شرعا حيث يستطيع الولي تزويج المولى عليها غصبا دون موافقتها ورضاها بسبب الصغر أو فقدان العقل، والولي هنا هو الأب أو الجد عند الشافعية أو جميع العصبة لدى الحنفية أو جميع العصبة لدى الحنفية أو الأب ووصيه عند المالكية، غير أن المولى عليه في هذه الولاية فيه خلاف بين المذاهب[3].

أي أن الولي يملك سلطة تزويج من هم في ولايته " صغار ، مجانين "، وذلك بدون أن يستأذن منيريد تزويجه، ومن هنا يملك الولي حق مباشرة العقد دون موافقة من في ولايته[4].

ومنه، ولاية الإجبار هي ولاية الأب أو الجد أو العصبة على الصغير أو المجنون، ولدى الولي هنا سلطة التزويج بدون رضا المولى عليه، ويرجع السبب في ذلك لنقص أهلية لدى المولى عليه "عقل ، بلوغ".

[1] العربي بلحاج، المرجع السابق ، ص 238.

[2] وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 6691 .

[3] عيسى حداد المرجع السابق ، ص 124.

[4] عبد العالي عشاري، الولاية في الزواج على ضوء اصول الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجديد، مجلة الدراسات والبحوث القانونية الجزائر، عدد 09، 2018، ص320.

ب : ولاية الاختيار:

ولاية الاختيار تسمى أيضا ولاية المشاركة، وهي تثبت للولي على المرأة البالغة العاقلة، فالاختيار يعود لها ويستحب أن تستأذن وليها وأن يقوم هو بإجراء عقد زواجها بموافقتها ورضاها..[1]

ويقال لصاحبها ولي مخير وهي مستحبة عند أبي حنفية وزفرفي تزويج المرأة الحرة البالغة العاقلة سواء أكانت بكرا أم ثيبا لرعاية الآداب والتقاليد في الإسلام، إن المرأة لا تقوم بتزويج نفسها لكن يستحب أن يباشر وليها زواجها بموافقتها، ورضاها وشرط ثبوت هذه الولاية هو رضا المولى عليه لا غير.[2]

فالولي هنا لا يستطيع أن يستبد في تزويج من في ولايته، بحيث يكون الرضا بالزواج مشتركا بينهما،[3]نستنتج أن ولاية الاختيار هي ولاية مشاركة بين الولي والمولى عليه، فالولي هو الذي يباشر عقد الزواج، وذلك بعد موافقة المولى عليه ورغبته بهذا الزواج، فالرضا هنا ليس مستبد بل مشترك بين المولى و المولى عليه.

لقد شرعت الولاية في الإسلام حفاظا على حقوق العاجزين على التصرف لنقص في الأهلية أو فقدها ولرعاية مصالحهم حتى لا تضيع حقوقهم، فالذي يعجز عن رعاية مصلحة أقام له المشرع في متولى أمره ويحقق له النفع و يدفع عنه الضرر.

إن الولاية بالمفهوم القانوني ليست راجعة لسبب نقص أهلية المرأة خاصة في الزواج بل هي للحفاظ على سمعتها وكرامتها، فالفقهاء اعتبروا الولاية شرطا لصحة الزواج الصغير والصغيرة، والمجنون والمجنونة ولو كبارا، وأما المرأة البالغة العاقلة فيشترط أغلبهم رضاها،

---

[1] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 238.

[2] وهبة الزحيلي، المرجع السابق ، ص 6693.

[3] حمزة بوضراع، الولاية في عقد الزواج على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 6، العدد 02، الشلف الجزائر، 2020، ص 559.

وموافقتها بل لها أن تباشر عقد زواجها ممن ترغب بنص المادة 11 فقرة 1 من قانون الأسرة الجزائري.

فوظيفة الولي لا تتعدى مصلحة المولى عليه ورعاية شؤونهم واختيار الأصلح لهم وهذا خلافا لما يدعيه بعض فقهاء العرب من أن الولاية هي حق مطلق، وأنها سلطة تحكم بدون حدود منافية لمبادئ الرضا والحرية في الزواج، حيث سار القضاء الفرنسي الاستعماري على هذه الأفكار البعيدة عن روح الشريعة الإسلامية ومقاصدها، فكانت الأحكام القضائية الاستعمارية تحاول جاهدة تشويه وطمث أحكام الفقه الإسلامي.

إن نصوص الشريعة الإسلامية واضحة وعادلة و هي تمنع الولي من عضل أو ظلم وليته كما نظمها القانون.[1]

ثانيا: شرط الولاية في عقد زواج المرأة:

كما عرفنا للفقهاء رأيان في انعقاد الزواج، فرأي الحنفية يبدو في صحة العقد بعبارتها بدون ولي، ورأي الجمهور يكمن في بطلان العقد بدون ولي.

1 – المذهب الحنفي:

فقال أبو حنفية في ظاهر الرواية، ينفذ نكاح حرة مكلفة بالغة عاقلة بلا رضا الولي، فللمرأة البالغة العاقلة أن تتولى عقد زواجها وزواج غيرها،[2] وغير أنهم يفرقون بين المرأة الصغيرة والكبيرة حيث إذا كانت صغيرة فلا بد لها من ولي في عقد الزواج، وإذا كانت بالغة فهي لديها حرية التصرف في سائر أمورها لكمال أهليتها، وما دام عقد الزواج كبقيته من حيث الإنشاء فتعتبر المرأة فيه كاملة الأهلية، فلا فرق بين المرأة والرجل في الأهلية مادام لم يرد نص بذلك،

[1] العربي بلحاج، المرجع نفسه، ص 240–242.

[2] عيسى الحداد، المرجع السابق، ص 133

وعلى هذا فلا ولاية على البالغة في أمر زواجها، لأن مبناها العجز أو ضعف العقل، وإذا لم يتوفر لها إذن فتعتبر التي تولت زواجها تصرفها صحيح بنص القانون.

وقد إستدلوا على ذلك من القرآن والسنة لقوله تعالى: " **فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِن بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ۗ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَن يَتَرَاجَعَا** "[1] هذه الآية إستدل بها الحنفية على أن للمرأة الحق في الزواج دون وليها، ولكن هذه الآية مدلولها الحقيقي أو خاصة بحالة المرأة عندما تتطلق ثلاثا حيث أنه لا يمكن أن ترجع إلى بيت زوجها حتى تتزوج رجلا غيره.

حيث قالوا أيضا للمرأة أهلية كاملة في ممارسة جميع التصرفات المالية من بيع وإيجار ورهن، فتكون أهلا لمباشرة زواجها بنفسها لأن التصرف خاص بها، فما روى عن ابن عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال " **الثَّيِّبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا، وَالْبِكْرُ تُسْتَأْمَرُ، وَإِذْنُهَا سُكُوتُهَا.**

2 – رأي الجمهور:

يرى الجمهور أن النكاح لا يصح إلا بولي ولا تملك المرأة تزويج نفسها ولا غيرها، ولا توكيل غير وليها في تزويجها، وإذا فعلت هذا ولو كانت بالغة راشدة لا يصح النكاح، وهو رأي كثير من الصحابة كابن عمر وعلي وابن مسعود وأبي هريرة وعائشة رضي الله عنهم.[2]

حيث استدل الجمهور بقوله تعالى: " **فَأَنْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ** "[3]،فتفسير الجمهور لهذه الآية هو ضرورة الولي في عقد الزواج، فالمرأة لا يحق لها تزويج نفسها بنفسها حيث قالوا بأنه لو كان للنساء ولاية على أنفسهن كان هذا حكم التكليف موجه إليهن كمختلف التصرفات الأخرى واستدلوا أيضا من قول النبي صلى الله عليه وسلم "**لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيٍّ** "، و ما روى عن

[1] سورة البقرة، الآية 230.

[2] وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ص 6691-6692.

[3] سورة النساء، الآية 25.

عائشة رضي الله عنها قالت قال رسول الله "**أيما امرأةٍ نُكحتْ بغيرِ إذنِ وليّها ؛ فنكاحُها باطلٌ, فنكاحُها باطلٌ, فنكاحُها باطل** " .

وهذا الحديث يبين بأن المرأة سواء قاصرة أو راشدة إلى غير ذلك لا يحق لها تزويج نفسها بل يجب وليها، فالجمهور لم يهملوا مسألة عضل الولي أو عدم موافقة الولي تزويج المولى عليها كان الذي تقدم للزواج منها كفء ورغبت في الزواج فهنا تنتقل الولاية إلى السلطان، فيفصل في الأمر ولكن في كل الحالات فالمرأة لا تزوج نفسها في حالات الخلاف مع الولي وحالات الضرورة.[1]

فجميع الأدلة التي قدمها الجمهور اعتمدوا عليها كانت مستمدة من القرآن والسنة، فهي أدلة تؤكد وجوب الولي في عقد الزواج ورضا المولى عليها، ودون توفر هذا الشرط يعد عقد الزواج باطلا.[2]

وأما الرأي الذي نميل إليه هو رأي الجمهور لأن الأدلة التي قدموها أقوى من رأي الحنفية، فالمرأة لا تستطيع تزويج نفسها بنفسها، بل يقوم وليها بتزويجها ولكن برضاها وموافقتها، وذلك حفاظا على حقوقها وكرامتها، فلكل مجتمع عادات وتقاليد ومن عادات الإسلام والمجتمع العربي أن المرأة لا تزوج نفسها، بل لابد من إذن وليها، وإذا رفض وليها تزويجها، وكان الذي يريد الزواج من المولى عليها كفء وفيه من الشروط والصفات الجيدة وصالح لتأسيس أسرة.

فيحق لها أن تلجأ إلى السلطان أو القاضي فيتولى تزويجها وخاصة إذا كانت المولى عليها قاصر فالأجدر والأصلح لها أن يتولى زواجها وليها، ولابد من موافقة وليها على الذي يريد الزواج منها لأن الولي أعلم بمصلحتها والمولى عليها هنا تفتقر إلى النضوج العقلي بحكم

[1] وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 6692.

[2] عيسى حداد، المرجع السابق، ص 129.

صغر سنها، ولهذا لا بد من موافقة الولي الذي يتولى حماية مصالحها، وكرامتها لتأسيس أسرة صالحة.

ثالثا : موقف المشرع الجزائري من الولاية في الزواج:

إن الولاية تعتبر من أهم الإشكالات التي شهدت نقاشا في الجزائر بين الفقهاء وتضارب الآراء، لهذا سنتطرق بشيء من التفصيل إلى موقف المشرع الجزائري من الولاية في التزويج وكيف عالج المشرع هذه المسألة أمام هذا التناقض الحاصل بين الاتجاهات، وسنتطرق إلى التفريق بين الولاية في زواج المرأة البالغة وزواج القصر.

نظرا للإنتقادات الكثيرة الموجهة لقانون الأسرة القديم -84-11، لم يجد المشرع الجزائري حل إلا ضرورة القيام بتعديل جديد لسد الثغرات،[1] ومن بينها المادة 12 الملغاة تعالج مسألة مهمة، وهي حالة معارضة الولي للفتاة الراغبة في الزواج سواء كانت راشدة أم قاصرة أي حالة عضل الولي ومنعه، ففي المادة سابقة الذكر تضمنت أن القاضي يرخص بالزواج إذا تبين له مصلحة في هذا الزواج.[2]

وقد أكدت المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 30/03/1993 ومما جاء فيه :" ومتى تبين في قضيته الحال أن الأب إمتنع عن تزويج إبنته دون توضيح الأسباب التي بني عليها الإمتناع، فإن القضاء بقضائهم الإذن للمدعية بالزواج طبق صحيح القانون"،[3] غير أنه يجوز للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان لمصلحتها، وهذا حسب ما جاء في الفقرة 2 من المادة 12 من قانون الأسرة الجزائري، وأيضا لا يجوز تزويج الصغار لانعدام الفائدة من هذا الزواج، وهذا ما أكدته المادة 07 من ذات القانون.

---

[1] عبد العالي عشاري المرجع السابق، ص 325.

[2] الرشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص69.

[3] الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية للمحكمة العليا المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 47.

وهكذا فإن قانون الأسرة القديم عالج هذه المسألة بنظرة صحيحة حيث أنه يجوز للمرأة أن تباشر عقد زواجها بنفسها، طبقا للمادتين 9 و 10 من قانون الأسرة الجزائري، وغير أنه لا بد من موافقة الولي، وهو ما جاء في المادتين 11و 13 من ذات القانون، وهذا الأصح للمرأة، فالأب هو من يقدر مصلحة أولاده، وأما إذا امتنع الولي عن الموافقة أو كان متعسفا بحق المولى عليها إنتقلت الولاية للقاضي الذي يقوم برفع الظلم.[1]

فهذا التعديل الأخير، قد ألغى نص المادة 12 من قانون الأسرة الجزائري، وترك فراغ تشريعي في هذه المسألة، وبالتالي فإنه طبقا لنص المادة 222 من ذات القانون، والتي تحيل على أحكام الشريعة، فللقاضي حق التدخل لإنهاء الموقف لما يراه مناسبا لأن الفقه الإسلامي يقر بإنتقال الولاية من الأب إلى الولي إذا امتنع هذا الأخير عن تزويج من في ولايته إذا كان الزواج أصلح وأنفع للمولى عليها.

وأما زواج القصر من الجنسين في حالة الترخيص بالزواج حسب الفقرة 2 من المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري الجديد، فأقر المشرع الجزائري بأن يتم تزويج القاصر من طرف الولي، وأقر سلطة التزويج على الزوج القاصر فقط ،[2] فلا يجوز للولي أيا كان أو غيره أن يجبر القاصر التي هي في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجها دون موافقتها. [3]

حيث جاء في نص المادة 13 من قانون الأسرة الجزائري أن على أنه : " لا يجوز للولي أيا كان أو غيره أن يجبر القاصرة التي في ولايته على الزواج ولا يجوز له أن يزوجها دون موافقتها"، فالمشرع أعطى السلطة للولي في هذه المادة المذكورة أعلاه، إلا أن ولايته ليست

[1] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 244.

[2] الرشيد بن شويخ ، المرجع نفسه، 66-69.

[3] سعد عبد العزيز، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، المرجع السابق ، ص

مطلقة، وهو تحديد صريح لولاية الأب أو غيره لا يجبر الفتاة على الزواج، سواء سبق لها الزواج أو ثيبا أو لم يسبق لها الزواج.[1]

فتعتبر ولايته ولاية إذن وإستحباب وفقا للمذهب الحنفي، ومن ثم جواز تولي المرأة عقد زواجها وإنعقاده، ولكن المذهب الحنفي اشترط أن يكون الزوج كفء ولا يقل المهر عن مهر المثيلات، وإذا تزوجت بغير كفء يحق لوليها الإعتراض على الزواج ويفسخه القاضي، والمشرع الجزائري لم يرتب أي على تخلف الولي أي جزاء أو فسخ.[2]

وعلى عكس "ما يفهم من الفقرة 2 من المادة 33 من قانون الأسرة الجزائري أنه إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه، ويثبت بعد الدخول بصداق المثل أي أنه عند غياب الولي أو تغييبه عن مجلس العقد في وجوبه طبقا لنص المادة 11 من ذات القانون، وعدم تعرض العقد للفسخ قبل الدخول أو بعده.[3]

وفي هذه الحالة على عكس زواج القاصرة وما ورد النص عليه في الفقرة 2 المادة 33 من القانون الأسرة الجزائري، في أن إبرام عقد الزواج دون ولي في حالة وجوبه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل.[4]

صحيح أن المشرع الجزائري أورد إستثناء عام يشمل المرأة والرجل بان يتزوجها قبل بلوغ سن الرشد إلا أن هذا الإستثناء لم يكن مطلقا بل قيده بشروط واردة في الفقرة 3 من المادة 09 مكرر من قانون الأسرة الجزائري، والمتعلقة بالولي في عقد الزواج حيث نجده حصر ولي القاصر في الأب، وإن لم يكن الأب تنتقل الولاية إلى لأحد الأولين أي الأقربين درجة، والمشرع

---

[1] عيسى حداد، المرجع السابق، ص 142

[2] وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 6698.

[3] محفوظ بن الصغير ، ولاية التزويج في الاجتهاد الفقهي و قانون الأسرة الجزائري مجلة الدراسات و البحوث القانونية، القانونية، العدد الثامن ، المسيلة، الجزائر، ص44.

[4] سعد عبد العزيز، المرجع السابق، ص 44.

بهذا الترتيب قدر على عنصر الشفقة التي تقوم على أساس الولاية في حالة عدم وجود الأقارب الأولين يؤول الأمر إلى القاضي الذي يعد بدوره وليا لمن لا ولي له،وبهذا النص قرر حماية القصر في عقد الزواج من خلال إلزامية تولي الولي عقد الزواج، ونجد المشرع الجزائري قد أخذ بولاية الاختيار فيما يخص البنت القاصرة، بمعنى لا يمكن للأب إجبار هذه البنت على الزواج رغم أن هذا التعديل لا يعد جديد في قانون الأسرة الجزائري بالرجوع إلى قانون الحالة المدنية.[1]

ومن خلال ما تقدم من الأحكام القانونية المقررة في المواد 07 ، 09 مكرر ، 11 ، 13 ، 33 من قانون الأسرة الجزائري، نستنتج أن تحديد السن القانونية للزواج للمرأة والرجل 19 سنة مع إدراك إستثناء يتمثل في سلطة القاضي بالترخيص قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، ومن بين الشروط الضرورية في عقد الزواج هو الولي حيث أن المشرع الجزائري فرق بين زواج البالغة والقاصرة.

ففي زواج المرأة البالغة ترك للمرأة حرية الإختيار ويمكنها أن تباشر عقد زواجها بنفسها، وجعل دور الولي في الحضور الشرفي فقط، إذن فالمشرع الجزائري لم يكن صائبا في هذا التعديل الجديد لقانون الأسرة الجزائري، حيث أن الشريعة الإسلامية وباسم العادات والتقاليد فالمرأة لا تستطيع تزويج نفسها دون رضا وليها، فالأب دائما يرى مصلحة أولاده ويسعى دائما لسعادتهم خاصة إذا كانت المرأة قد إختارت شخصا غير كفء فما مصيرها في هذا الزواج دون وليها.

وإذا حدثت مشاكل فما مصيرها، وكذلك جعل المشرع الجزائري عنصر الولي في زواج المرأة القاصرة لازما و وجوبيا حيث أن الولي هو الذي يباشر الإجراءات بتقديم طلب الترخيص بزواج القاصرة، وقام المشرع بحصر الولي في الأب فأحد الأقارب الأولين، ثم القاضي ولي من لا ولي له و هذا حماية لمصالح القصر فقد جعل المشرع سلطة على القاصرة فى زواجها إلا أن

[1] عيسى حداد، المرجع نفسه، ص 141-142.

هذه السلطة سلطة مشاركة وإستحباب، فلا يجوز للولي إجبار من في ولايته على الزواج فإذا إنعدام الرضا يترتب على العقد البطلان سواء قبل الدخول أو بعده حسب الفقرة 3 من المادة 33 من قانون الأسرة الجزائري، وإذا اختل عنصر الولي في زواج القاصرة يترتب عنه الفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل.

فالمشرع الجزائري هنا، راعى مصلحة القاصرة فقد أصاب حيث ترك أمر زواجها لوليها، وهذا لنقص النضوج العقلي للقاصرة، وكذا أصاب في تحديد الولي في الأب والأقارب الأوليين فالقاضي إلا أن المشرع قد أغفل وأهمل تحديد شروط الواجب توافرها في الولي، وهذا لأن عنصر الولي ضروري في عقد الزواج.

المبحث الثاني:

الطبيعة القانونية للترخيص بزواج القاصر وموقف المشرع الجزائري منه

إن الإذن القضائي وتمييزه عن مختلف المصطلحات المشابهة له وضح لنا بعض الشيء الخصوصية التي تميزه عن غيره، إلا أن هذا التمييز غير كافي لتحديد الخصوصية حيث أنه لم نكمل دراسته في مختلف الجوانب القانونية، لهذا سنتطرق لتحديد الطبيعة القانونية للترخيص بزواج القاصر و تمييزه عن سائر المعاملات القضائية، ونتناول سن الأهلية للزواج في الجزائر عبر مختلف الفترات الزمنية التي مرت بها الجزائر، وكيف عالجها المشرع الجزائري وما هي أهم التعديلات التي طرأت على سن الأهلية، وكما سنحاول أن نبين كيف عالج المشرع الاستثناءات الواردة على سن الأهلية.

وأخير، سوف نتطرق موقف المشرع الجزائري من الترخيص في ظل قانون الأسرة الجزائري، حيث سنبرز أهم التعديلات التي عرفها زواج القصر من خلال مختلف القوانين المتعلقة بالأحوال الشخصية، ومن هنا سنتعرض لتحديد موقف المشرع الجزائري من الترخيص بزواج القاص.

ومنـه، لنتعرض للترخيص بـزواج القاصـر وموقـف المشـرع الجزائـري مـن خـلال التطـرق للطبيعـة القانونيـة للترخيص بـزواج القاصـر، التطـور التـاريخي لسـن الأهليـة الـزواج فـي الجزائـر ومعايير منح الترخيص بزواج القاصر في ثلاثة مطالب متتالية.

المطلب الأول:

الطبيعة القانونية للترخيص بزواج القاصر

إن الطبيعـة القانونيـة لـلإذن القضـائي الـذي يمنحـه القاضـي، فطلـب التـرخيص يمكـن القاضـي من مراقبة تطبيق الشروط المنصـوص عليها، فلقد أسند المشرعالجزائري للقاضـي مهمة السـهر علـى مصـالح القصـر وحمـايتهم، وهـذا يـتم عـن طريـق التراخيص فهـي إجـراءات تمكـن القاضـي وتسـهل عليـه القيـام بمهمتـه، فيعتبـر هـذه الأخيـر ولـي من لا ولـي لـه، فيعتبـر هـذا الإذن مـن الأعمـال الولائيـة لـه، وكمـا عرفنـا عنـد قيامنـا بـالتمييز، إلا أننـا لـم نتطـرق لـه بالتفصـيل ولـم نقف على مختلف الجوانب القانونية، فيبقى غير كافي لتحديد طبيعة هذا العمل القضائي بدقة.

فالمشرعا لجزائري لـم يتطـرق إلـى هـذه الحالـة لـذا سنحاول البحـث مـن خـلال النصـوص القانونية الموجودة في حكم المادتين 479 و 480 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فهذا الترخيص الخـاص بالقصـر يكـون بموجـب أمـر ولائـي، فهـذا الترخيص الـذي يعتبـر مـن الأعمـال الولائيـة للقاضـي يـتم إصـداره فـي شـكل أمـر علـى عريضـة مـن طـرف قاضـي شـؤون الأسـرة المختص.

ولنتعرض للوقوف بالتفصيل علـى الطبيعـة القانونيـة لـلإذن القضـائي بـزواج القصـر علـى اعتبـاره أنـه يصـنف ضـمن الأعمـال الولائيـة، ويـتم إصـداره من قبـل القاضـي فـي شـكل أمـر علـى عريضة في فرعين متتاليين.

الفرع الأول:

الترخيص بزواج القاصر من الأعمال الولائية للقاضي

إن تحديد الطبيعة القانونية للإذن تكمن أساسا في تحديد كيفية مباشرة هذه الوسيلة الإجرائية، لأن المشرع الجزائري وبموجب المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري، فقد أغفل تحديد طبيعة الترخيص وكيفية مباشرته فالقاضي يباشر عمله وفق صورتين اثنتين، فتتمثل الحالة الأولى في أن عمل قضائي يكون أساسه وجود خصومة تستلزم الفصل فيها، وأما الحالة الثانية فتتمثل في عمل ولائي يقدر فيه القاضي المصلحة والضرورة والقدرة لا يكون فيه نزاع، وينشأ حق مستقبلي.[1]

فالعمل الولائي هو وسيلة قانونية إجرائية تنشأ عنها مراكز قانونية، وكما أن القانون لا يضع إجراء موحد لهذه الأعمال، فيعد الأمر على عريضة هو الشكل الإجرائي العام المتبع، وما يميز العمل الولائي عن العمل القضائي أنه لا يرتب حجية الأمر المقضي فيه لذلك، فأن طالب العمل الولائي يستطيع إعادة تقديم نفس الطلب الذي سبق رفضه[2].

إذن، يعد الترخيص بزواج القاصر من الأعمال الولائية لأن سلطة القاضي واسعة في تقدير المصلحة والضرورة والقدرة على الزواج، ولذلك يستطيع القاضي المختص الرجوع في قراره أو تعديله، ولا يقبل التدخل حسب ما جاء في الفقرة 2 من نص المادة 312 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية الجزائري، وهذا لأن موضعه إعمال مصلحة مشروعة لشخص معين.[3]

---

[1] أسمهان عفيف، الترخيص القضائي كآلية لحماية القاصر، مجلة الحقوق و العلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، المجلد 12، العدد 04 ديسمبر 2019، ص ص 259، 260 .

[2] نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ص298.

[3] عبد الله فاسي، المرجع السابق، ص 90 .

الفرع الثاني:

صدور الترخيص بزواج القاصر بموجب أمر على عريضة

إنه بعد تكييف زواج القاصر على أنه من الأعمال الولائية كان لابد من تحديد كيفية صدوره، فقد أجمع فقهاء القانون على أن الأمر على عريضة هو الإجراء الوحيد الذي يصدر فيه القاضي الترخيص بالزواج دون السن القانونية، فبموجب أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري يعرف الأمر على عريضة أنه قرار ولائي يصدر عن الجهة القضائية المختصة أو عن قضاة بناء على طلب أحد الأطراف من غير مرافعة، ودون تكليف بالحضور ويعتبر سند تنفيذي[1].

وحيث يتخذ الأمر ولائي شكلا قانونيا محددا بنص القانون، فحسب نص المادة 479 من ذات القانون يصدر الترخيص بزواج القاصر وفقا للشروط القانونية المتوفرة في هذا الترخيص من قبل قاضي شؤون الأسرة المختص إقليميا بنص المادة 426 من نفس، ويتم منح الإذن بالزواج دون السن القانونية بناء على طلب الولي بموجب أمر على عريضة.

المطلب الثاني:

التطور التاريخي لسن أهلية الزواج في التشريع الجزائري

تعتبر أحكام الأهلية من أهم المواضيع التي نظمها المشرع الجزائري في نصوص القانون المدني بإعتباره الشريعة العامة، وحدد مراحل تدرج الأهلية ولم يتغاضى المشرع الجزائري عن تحديد ضوابط الأهلية في قانون الأسرة الجزائري، فقد إعتبرها شرط من شروط إبرام عقد الزواج، وذلك ببلوغ سن قانونية معينة لقيام هذا العقد لكن مع وجود استثناء لتدرج سن الأهلية في قانون الأسرة الجزائري من خلال هذا المطلب سوف يتم التطرق إلى مفهوم الأهلية ومراحل تطور أهلية الزواج في التشريع الجزائري في فرعين متتاليين.

[1] عبد الحميد المنشاوي ، أوامر الأداء، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2010، ص99.

الفرع الأول:

مفهـــوم الأهلية

لقد تولى القانون الجزائري تنظيم مسألة الأهلية بإعتبارها أحد مقومات الشخصية الإنسانية، ولكن تغاضى المشرع الجزائري عن وضع تعريف لها، إكتفى بتنظيم أهلية الأداء من خلال النصوص القانونية في القانون المدني وقانون الأسرة، كذلك إعتبرها من النظام العام لا يمكن الإتفاق على مخالفتها، فقد تم وضع تعاريف لها من خلال فقهاء القانون والشريعة الإسلامية، ولتعريف الأهلية بوجه عام يجب تعريفها لغة وإصطلاحا، مع بيان أنواعها.

أولا: تعريف الأهلية: نتطرق لذلك بشيء من التفصيل على النحو الآتي:

1 – تعريف الأهلية في اللغة:

يقال أهل الرجل وأهل الدار، وأهل الرجل عشيرته وأقربائه ، والجمع أهلون وأهلات وأُهلات وأهل السلام: من يدين به، وأهل الأمر: ولاته، وأهل البيت: سكانه، ويقال فلان به أهلية أي صلاحية الأمر[1]، كذلك عرفت الأهلية بأنها الصلاحية مطلقا يقال فلان أهل لهذا العمل إذا كان صالحا للقيام وبه أو طلبه أو لاستحقاقه له.[2]

وقد جاء في قوله تعالى: "**وَمَا يَذْكُرُونَ إِلَّا أَن يَشَاءَ اللَّهُ ۚ هُوَ أَهْلُ التَّقْوَىٰ وَأَهْلُ الْمَغْفِرَةِ** ".[3]

ب – تعريف الأهلية في الاصطلاح الفقهي:

اعتنى الفقه الإسلامي بوضع تعاريف لمصطلح الأهلية وأهمها: " كون الإنسان صالحا لأن يتعلق به الحكم والقدرة على تنفيذه "، ومعنى الحكم هو خطاب الله المتعلق بأعمال المكلفين، وهو يشمل كل الأعمال المطلوبة من الإنسان، أو هي صلاحية الإنسان لوجوب

[1] ابن منظور، لسان العرب، المرجع السابق، ص 28.

[2] عيسى حداد، المرجع السابق، ص 79.

[3] سورة المدثر، الآية 56.

الحقوق لـه أو عليـه، وصـلاحيته لصـدور الأفعـال عنـه علـى وجـه يعتد بـه شرعا،[1] وكمـا تعـرف الأهلية بأنها صلاحية الشخص لثبوت الحقوق المشروعة له ووجوبها عليه.[2]

3 – تعريف الأهلية في الإصطلاح القانوني:

لم يضع المشرع الجزائري أي تعريف قانوني للأهلية، فبإستقراء المواد يمكن تعريفها بأنها صـفة يقـدرها الشـارع تجعـل الشـخص محـلا صـالحا للخطـاب التشـريعي،[3] أي هـي صـلاحية الإنسان تثبت له حقوق منقبل الغير، وتثبت عليه التزامات نحوهم.

وقد نصت معظم التشريعات على مبدأ جوهري يحكم النظرية العامة للأهلية، مفاده أن كل شخص يكون كامل الأهلية في الأصل، غير أن المشرع الجزائري إكتفى بمنح حماية خاصة لعديمي الأهلية أو ناقصيها من خلال تحديد سن الرشد المدني حسب ما جاء في المادة 40 من القانون المدني الجزائري بأن "كل شخص بلغ سن الرشد، وكان متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد تسعة عشر سنة كاملة".[4]

وتعتبر أحكام أهلية الزواج من النظام العام لا يجوز التنازل عنها حيث لا يمكن إبرام عقد الزواج دون مراعاة السن القانونية،[5] ويبقى مفهوم النظام العام مسألة نسبية لأنه قائم على قواعد أخلاقية وإجتماعية واقتصادية هدفه تحقيق مصلحة عامة، حيث يتضح من نص المادة 40 المذكورة أعلاه، وإن المشرع الجزائري ألزمنا بسن معينة حتى يعتبر الشخص كامل الأهلية، ولا يمكن الإتفاق على مخالفتها والا يصبح العقد باطلا بطلان مطلق، ولكن القاعدة يرد عليها

[1] أحمد بوكرازة المرجع السابق، ص 30.

[2] وهبة الزحيلي ، المرجع السابق ، ص 116.

[3] محفوظ بن الصغير، المرجع السابق، ص 266.

[4] المادة 40 من القانون المدني الجزائري.

[5] عيسى حداد ، المرجع السابق ، ص 100.

إستثناء وهو إستصدار إذن من القاضي المختص لإبرام عقد زواج دون السن المحددة بنص المادة 40 المذكورة سابقا.[1]

ثانيا : أنواع الأهلية:

قسم فقهاء القانون الأهلية إلى نوعين هما أهلية إلى نوعين هما أهلية الوجوب وأهلية الأداء سيتم التطرق في نقطتين متتاليتين.

1 – أهلية الوجوب:

تعرف أهلية الوجوب بأنها صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه، ويقصد بها أنها تثبت للإنسان من وقت ميلاده إلى وقت موته إذا إنعدمت تنعدم معها الشخصية ليس لها علاقة بالسن و العقل والرشد.[2]

2 – أهلية الأداء:

عرفها السنهوري بأنها " صلاحية الشخص لاستعمال الحق "، أي أنها تتحد بمدى قدرة وتمييز الإنسان ويقع أنها تتوافر للشخص أهلية الوجوب دون أهلية الأداء، فالصبي غير المميز لا يتمتع بأهلية الأداء لأنه غير كامل الأهلية لا يستطيع إستعمال حقه بنفسه .[3]

الفرع الثاني:

مــراحل تطور سن أهلية الزواج في التشريع الجزائري

خضع قانون الأسرة الجزائري لتطورات وتعديلات عديدة بالنسبة لموضوع سن أهلية الزواج نتيجة لإعمال مبادئ وقواعد الفقه الإسلامي التي تعد مصدر أساسي لسن القوانين في

[1] عيسى حداد ، المرجع السابق، ص 102 .

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري ، شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1996، ص ص 283، 284.

[3] عبد الرزاق السنهوري، المرجع نفسه، ص 100 .

مجال الأحوال الشخصي، فقد حاول الإستعمار الفرنسي محو المعاملات والأعراف الوطنية من خلال سن قوانين تحدد سن أهلية الزواج في فترات تاريخية متباينة.

أولا : تدرج سن أهلية الزواج من الفتح الإسلامي إلى غاية الإحتلال الفرنسي:

لقد كان الدين الإسلامي هو الذي ينظم جميع مجالات جوانب الحياة، سواء في المعاملات أو الأحوال الشخصية، فقد خضعت الأسرة الجزائرية قبل الاحتلال الفرنسي لأحكام وقواعد الشريعة الإسلامية فيما يخص الزواج، فلا يوجد نص شرعي في القرآن أو السنة النبوية يجدد سنا معينة بصفة واضحة لبلوغ الذكر والأنثى لتحمل أعباء عقد الزواج من الناحية الجسدية والنفسية.[1]

وفي هذا المجال إختلف الفقهاء على تحديد سن معينة للبلوغ كون أن مسار حياة الإنسان ينقسم إلى ثلاث مراحل، فتتمثل المرحلة الأولى في مرحلة الطفولة تمتد من ولادة الإنسان إلى سبع سنوات يكون فيها غير قادرا على إبرام عقد الزواج كونه صبي غير مميز، وتتمثل المرحلة الثانية في مرحلة التمييز، وتمتد من سن السابعة حتى سن البلوغ يحتاج إلى إجازة وليه حتى تكون تصرفاته صحيحة، وأما المرحلة الثالثة والمرحلة الأخيرة، فتبدأ من سن 13 سنة تقريبا، يكون فيها بلوغ جسماني قادرا فيها الإنسان على الزواج.[2]

ويرى جمهور الفقهاء أن سن أهلية الزواج يختلف من مذهب إلى آخر، فقد يرى الفقه المالكي أن سن البلوغ 18 سنة للذكر والأنثى 17 سنة[3]، غير أن الحنفية حددت سن البلوغ بالنسبة للذكر 18 سنة والأنثى، ويتضح من خلال آراء الفقهاء أن الصغير غير المميز لا

[1] سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، ط 3، الجزائر ، 1995، ص 93 .

[2] سعد عبد العزيز، المرجع نفسه، ص 93.

[3] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 115.

يستطيع إبرام عقد الزواج لغياب القدرة الجسدية والمعنوية لديه لأنه تحت رعاية، وليه أما الصبي المميز فينعقد زواجه لكن يكون موقوف على إجازة وليه الشرعي".[1]

وما يمكن ملاحظته، أن عرض آراء الفقهاء إن سن البلوغ غير محدد بالنسبة للذكر والأنثى، لكن عموما نستخلص أن في سن 15 سنة قد حصل البلوغ الجسماني بالنسبة للذكر والأنثى، ويبقى لوليه السلطة التقديرية في تزويج القاصر، كون عقد الزواج عقد تحمل مسؤولية.

ثانيا: تدرج سن أهلية الزواج أثناء الاستعمار:

حاول المستعمر الفرنسي إنتهاج سياسة محو وطمث نظريات الفقه الإسلامي فيما يخص تحديد سن معينة للزواج، فقد عمد المستعمر الفرنسي إلى سن مجموعة من القوانين لتفكيك وحدة، وعادات الشعب الجزائري سنقوم بعرضها كالآتي :

1 – قانون رقم 30/323 المتضمن قانون الأسرة الجزائري:[2]

يمثل هذا القانون المرحلة الأولى من مراحل تطور تحديد سن الزواج حيث نص في مادة 1 على الأهالي من القبائل الذين لا يتمتعون بحقوق المواطن الفرنسي لا يمكنهم إبرام عقد زواج قبل إتمام سن الخامسة عشر سنة من عمرهم إلا بموجب إعفاء صادر عن الحاكم العام مستندا في ذلك على مبررات خطيرة بعد أخذ رأي لجنة تتألف من مستشار لدى القضاء وقاضي الصلح وطبيب، وبعد تصريح مسبق بالخطوبة أمام الموظف يتلقى تصريح بالزواج.[3]

ومن تحليل المادة1 المذكورة أعلاه، يتضح ما يلي:

[1] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 116.

[2] قانون رقم 30–323 ، المؤرخ في 2 ماي 1930 ، المتضمن قانون الأسرة ، لا توجد جريدة رسمية.

[3] سعد عبد العزيز ، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 94 .

– القانون لم يضع معيار محدد لسن الزواج بين الذكر والأنثى، حيث حدد العمر بينهما بسن 15 سنة على الرغم من إختلاف الطبيعة الفيزيولوجية لكليهما، وهذا مخالف لقواعد الشريعة الإسلامية.

– يطبق هذا القانون على المواطنين الذين لا يتمتعون بحقوق الفرنسيين، ولكن هذا القانون في أصله مستوحى من قواعد الشريعة الإسلامية في تحديد السن ب 15 سنة، ولكليهما قيد هذا القانون حرية المواطن الجزائري من خلال فرضه لتصريح بالخطبة أمام الموظف المختص بالتصريح بالزواج.

– خول المشرع الفرنسي من خلال هذا القانون التفرقة بين المسلمين على أساس النزعة العنصرية خول للحاكم العام سلطة تقديرية في الإعفاء من بعض أو كل الشروط في حالة وجود مبررات موضوعية.[1]

– كما أنه لم يمنح وكيل الجمهورية أي سلطة معينة للمراقبة أو المساهمة في منح ترخيص بالزواج لسكان القبائل، فقد تم منح هذه السلطة للحاكم العام، وهذا بإنشاء لجنة تكون من رئيس محكمة الاستئناف في الجزائر وقاضي الصلح وطبيب، وهذا الأخير يلعب دور استثنائي لأن استشارته يعتد بها الحاكم العام في منح الإذن بالزواج دون السن القانونية من عدمه.[2]

2 – الأمر رقم 59 / 274 المحدد لأركان الزواج:[3]

يمثل المرحلة الثانية من مراحل تحديد سن الزواج في القانون الجزائري، حيث شرع لتنظيم الأسرة الجزائرية المسلمة،فقد جاء في نص المادة الخامسة منه " لا يجوز للرجل قبل بلوغ 18 سنة كاملة ولا المرأة قبل بلوغها 15 سنة كاملة أن يتزوجها، ومع ذلك يجوز لرئيس

[1] عيسى حداد ، المرجع السابق، ص ص87، 88 .

[2] سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، المرجع السابق، ص 102.

[3] الأمر 59 –274 ، المؤرخ في 4 فيفري 1959، المحدد لأركان الزواج ، لا توجد جريدة رسمية.

المحكمة بناء على دوافع قوية الإعفاء من شرط السن"،[1] حيث يتعلق هذا القانون بعقود الزواج التي يبرمها الأشخاص الخاضعون لنظام الأحوال الشخصية في عمالات الجزائر والساورة والواحات.[2]

و نستخلص من نص المادة 05 من الأمر رقم 59 – 274 ما يلي :

– هذا النص أبقى على الأحكام التي سبق ذكرها في القانون رقم 30–323 .

– هذا النص عدل جزئيا سن الزواج بالنسبة للرجل والمرأة، حيث رفع سن الزواج الرجل إلى الثامنة عشر سنة، بينما أبقى عليها بالنسبة للمرأة بـ 15 سنة.

– يسري هذا القانون على عقود الزواج التي يبرمها الأشخاص الخاضعين لنظام الأحوال الشخصية المحلية في عمالات الجزائر الساورة والواحات،[3] على خلاف القانون 30/323 الذي جعل تحديد سن الزواج يسري فقط على منطقة القبائل.

– يتبين لنا من خلال مراجعة نص المادة 5 من الأمر 59/274 ، المتعلقة بعقود الزواج التي يبرمها الأشخاص الخاضعين لقانون الأحوال الشخصية المحلية بعمالة الجزائر والساورة والواحات، إن سلطة الإعفاء من سن الزواج القانونية من اختصاصات رئيس المحكمة الابتدائية الذي منح له دور المراقبة إذا تبين له أن هناك أسباب خطيرة لمنح الإذن بالزواج دون السن القانونية مع إغفال كلي لدور رئيس الجمهورية.[4]

ثالثا: تدرج سن أهلية الزواج ما بعد الاستقلال إلى يومنا هذا:

سنحاول التطرق من خلال مرحلة ما بعد الاستقلال إلى القوانين التي سنت في إطار تحديد سن الزواج.

---

[1] سعد عبد العزيز، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 94

[2] سعد عبد العزيز، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص ص 23، 24.

[3] عيسى حداد، المرجع السابق، ص 89.

[4] سعد عبد العزيز، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 102.

3- قانون رقم 63/224 تحديد السن الأدنى للزواج:[1]

إن هذا القانون صدر بتاريخ 29 جوان 1963، مشتمل على 6 مواد كل مادة تخص قاعدة قانونية معينة، وما يهمنا في بحثنا هو نص المادة 1 منه، والتي حددت الزواج للفتى والفتاة بلا يجوز للرجل الذي لم يكمل الثامنة عشر سنة، ولا المرأة التي لم تكمل السادسة عشر سنة أن يعقدا زواجهما.[2]

إذن من خلال نص المادة 1 المذكورة أعلاه، نجد أن المشرع الجزائري قد حدد سن الزواج بـ 18 سنة للفتى و16 سنة للفتاة، بعد أن كان قبل محدد بـ 15 سنة، ومع إعطاء رخصة منح الإذن بالزواج لرئيس المحكمة الابتدائية الكبرى بعد أخذ إذن من وكيل الدولة إذا رأى أسباب خطيرة.[3]

وتضمنت المادة 02 من القانون 63-224 المذكور آعلاه، عقوبة من يخالف ما جاء في نص المادة 01 من نفس القانون " يعاقب كل من ضابط الأحوال المدنية أو المأذون والزوجان وممثلوهما القانونيين ومن أسهم معهم لعدم مراعاتهم السن بالحبس من خمسة عشرة يوما إلى ثلاث أشهر وبغرامة من أربعمائة إلى ألف فرنك جديد أو بإحدى هاتين العقوبتين"، وتعني عقوبة المخالفة توقيع جزاء الحبس وغرامة مالية على كل من شارك في إبرام عقد الزواج دون السن المحددة وفق هذا القانون.

وكما تضمن القانون 63-224 في مادته 3 التي جاء في نصها " يبطل كل زواج لم يحصل فيه دخول تم عقده على خلاف ما تقضي به المادة 1، ويجوز الطعن فيه من قبل الزوجين أنفسهما أو من جانب كل ذي مصلحة أو من جانب السلطة العامة جزاء بطلان عقد

---

[1] قانون 63/224 المؤرخ في 29 يونيو سنة 1963 المتضمن تحديد السن الأدنى للزواج.

[2] المادة 1 من القانون 63- 224 المذكورأنفا.

[3] عيسى حداد، المرجع السابق ، ص 91.

الزواج دون السن المحددة، وبهذا يمكن أن نفرق بين الدخول وعدمه في إبطال عقد الزواج، فقبل الدخول الأمر واضح يبطل عقد الزواج بطلانا مطلقا، وأما إذا حصل دخول قبل بلوغ الزوجان السن القانونية فإن بطلانه يصبح بطلان نسبي، وبإستقراء المادة 4 من نفس القانون التي تجعل عقد الزواج صحيحا بصفة مطلقة بالنسبة للزوجين في حالتين هما.

فتتمثل الحالة الأولى في حالة بلوغ الزوجين السن القانونية قبل تحريك الدعوى العمومية منهم أو ممن له مصلحة في هذا الزواج أو السلطة العامة التي لم يبلغها العام بذلك إلا بعد بلوغ الزوجين السن القانونية المجددة حسب نص هذا القانون.

وأما الحالة الثانية، فتتمثل في حالة الزوجة التي لم تبلغ السن القانونية المجددة بـ 16 سنة، وقد حملت فوفقا لنص المادة 4 من نفس القانون، فإن الزواج القائم بين زوجين لم يبلغا السن المقررة أو أحدهما لم يبلغ السن المحددة قانونا لا يمكن الطعن فيه في الحالتين، إذا كان الزوجان قد بلغا السن القانونية، وإذا كانت الزوجة لم تبلغ السن القانونية وحملت.[1]

وما يمكن استنتاجه من خلال القانون 63/224 المذكور آنفا، أنه حدد سن الزواج ب 18 سنة للذكر و 16 سنة للأنثى استحداث عقوبة لمن يخالف هذا السن عكس القوانين السابقة التي لم تبين مقدار عقوبة المخالف لسن أهلية الزواج، وكذلك عالج القانون إشكال الزواج دون السن القانونية المحددة حسبه ببطلان عقد الزواج بطلانا مطلقا مع إجازته في بعض الحالات المحددة على سبيل الحصر.

[1] عيسى حداد، المرجع السابق، ص 92.

4 – قانون رقم 11/ 84 المتضمن قانون الأسرة:[1]

يعتبر خطوة إيجابية من المبادرات التشريعية التي قام بها المشرع الجزائري، فقد غلب هذا القانون المذهب المالكي على بقية المذاهب التي إعتمدت كمرجعية لهذا القانون.[2]

وقد نص هذا القانون على تحديد سن أهلية الزواج في المادة السابعة منه فقرة 1 التي جاء في نصها تكتمل أهلية الرجل بتمام 21 سنة وللمرأة بتمام 18 سنة ..."، إذ نلاحظ من خلال نص هذه المادة أن المشرع الجزائري رفع سن الزواج بالنسبة للرجل 21 سنة أما المرأة 18 سنة، لأن هذا السن يتزامن مع بلوغهما مستوى معين من الثقافة، والنضج الإجتماعي، فلا يعتبره نقاد القانون أنه مس بحرية زواج المواطن بل أنه، ومن المحتمل يكون قد راعى الناحية الإقتصادية للمجتمع الجزائري آنذاك من حيث زيادة عدد السكان زيادة مذهلة دون أن تقابلها زيادة في الإنتاج، كذلك راعى الناحية الإجتماعية للمواطن في توفير الأمن والصحة والعدل.[3]

إلا أن هذا القانون في رأينا الخاص يطرح إشكال وتعارض في الجانب القانوني حول إحتساب سن الرشد وأهلية الزواج، فالمرأة تعتبر كاملة الأهلية بتمام سن 18 سنة في قانون الأسرة، ولكن بموجب أحكام القانون المدني تعتبر قاصرة حسب ما جاء في نص المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري، المحددة لسن الرشد بـ 19 سنة كاملة للجنسين، وكذلك الأمر بنسبة للرجل الذي يعتبر كامل الأهلية في نفس القانون بتمام 19سنة لكنه بموجب هذا السن يعتبر غير أهل لإبرام عقد الزواج المحدد ب 21 سنة في قانون الأسرة الجزائري.

ونظرا أن هذا القانون يعارض أحكام القانون المدني في الشق الخاص ببلوغ سن الرشد إستوجب على المشرع الجزائري تعديله بالأمر 05-02 المتضمن قانون الأسرة .

---

[1] القانون رقم 84-11 ، المؤرخ في 9 رمضان عام 1404، الموافق ليونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة المعدل المتمم بالأمر رقم 05/02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 ، الجريدة الرسمية رقم 24 الصادرة بتاريخ 12 يونيو 1984.

[2] محمد لمين لوعيل، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة ،الجزائر، 2004، ص 28.

[3] سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 97..

5 - الأمر رقم 05-02 من قانون الأسرة الجزائري:[1]

الأمر الصادر بتاريخ 27-2-2005 المعدل والمتمم للقانون رقم 84-11 حيث جاء في الفقرة 1 من المادة 07 منه بعد التعديل " تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج[2] بناء على حكم المادة 1 منه، يكون المشرع الجزائري قد عالج التعارض الحاصل بين قانون الأسرة والقانون المدني في تحديد سن الرشد المدني، فقد تظهر نية المشرع في تكريس مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة الذي تدعو له المنظمات النسائية من جهة.

وما يلاحظ كذلك من نص المادة 1 أن المشرع الجزائري حدد سن الزواج ب 19 سنة كاملة لكنه لم يعامل كل الأشخاص بنفس المعاملة حيث خول للقاضي سلطة الإعفاء من السن المحددة إذا تبين له وجود مصلحة لأحد الزوجين أو كليهما، أو أن هناك ضرورة تتطلب الإعفاء من السن المحددة لأن الهدف من الإذن القضائي ليس التعسير على المقبلين بل التأكد من المقومات الأساسية لبناء أسرة صلبة.

وتظهر غاية المشرع من خلال تعديل نص المادة 07 من الأمر 05-02 في حماية الأسرة الجزائرية من التفكك، لأن ببلوغ المرأة سن 19سنة يجعلها مؤهلة للقيام بشؤون الزوجية وتربية الأولاد لأن المجتمع الجزائري لازال يعيش تحت نظام العائلة الكبيرة في بعض المناطق، وكذلك اكتمال بلوغ المرأة مما يؤهلها على الإنجاب و هو أحد أساسيات عقد الزواج.

وقد حرصت الإتفاقيات و المواثيق الدولية على حماية المرأة عند الزواج، فقد نصت المادة الثانية من الإتفاقيات المتعلقة بالحد الأدنى لسن الزواج على أنه " تقوم الدول الأطراف

---

[1] المادة 07 من الأمر رقم 05-02 مؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق ل 27 فيفري 2005 المتضمن تعديل قانون الأسرة 84/11، ج.ر عدد 15 الصادرة بتاريخ 27 فيفري 2005.

[2] المادة 07 من الأمر 05-02 المذكور آنفا.

في هذه الإتفاقية باتخاذ التدابير التشريعية اللازمة لتعيين حد أدنى لسن الزواج، ولا ينعقد قانونا زواج من هم دون هذه السن ما لم تقرر السلطة المختصة الإعفاء من شرط السن للأسباب جدية ولمصلحة الطرفين.[1]

فلكل من بلغ سن الرشد القانوني 19 سنة له الحق في الزواج و تكوين أسرة و هو حق معترف به في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، حسب ما جاء في نص المادة 16فقرة 1 " للرجل والمرأة متى بلغا سن الزواج حق التزويج و تأسيس أسرة دون أي قيد بسبب الجنس أو الدين ولهما حقوق متساوية عند الزواج وما أثناء قيامه وانحلاله،[2] وما يجب إليه الإشارة هو أن الزواج عقد يتعلق بالنظام العام، أي كل يمس بمصلحة الجماعة أو مصلحة الفرد لا يجوز قيامه فلا يمكن إبرام عقد زواج دون مراعات السن القانونية ولو أراد الطرفين ذلك.

وما يؤخذ على نص المادة 207 المعدلة بالأمر 05-02 المذكور آنفا، أن المشرع الجزائري لم يعط أية قيمة قانونية لهذا التحديد، ولم يبين معنى المصلحة والضرورة فقد ترك الأمر للقاضي المختص، وهذا ليس بالأمر السهل على القاضي المؤهل له صلاحية ذلك، كذلك لم يبين جزاء مخالفة سن الزواج، فمن أراد الزواج دون السن المحددة له ذلك لكن لا يمكنه تسجيل عقد الزواج إلا ببلوغه السن المطلوبة قانونا.

وكما يجب على الزوجين تحمل أعباء الزواج الجسدية منها و المادية، فلتكوين أسرة ومنح الترخيص بالزواج يجب أن يكون الزوج له عمل يستطيع منه القيام بالأسرة، لكن قانون العمل محدد لسن التوظيف بـ 23 سنة فالزوج القاصر لا يستطيع الحصول على عمل ومنه انعدام القدرة لذا يجب على المشرع الجزائري مراعاة هذا الأمر وتعديل نص المادة 07 من هذا القانون.

---

[1] كريمة محروق، الحماية القانونية للأسرة ما بين ضوابط النصوص و اجتهادات القضاء، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه العلوم في القانون، فرع القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، سنة 2014/2015 ص 15.

[2] سعد عبد العزيز، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، المرجع السابق، ص 164 .

6 - المرسوم الرئاسي رقم 16-254[1] :

إن المشرع الجزائري يعتبر عقد الزواج عقد رضائي، يبنى على إرادة الطرفين، أي لابد أن تكون الإرادة صادرة من عقل مميز لأن الزواج يتطلب أهلية كاملة واستعداد نفسي وطبيعي للوطء حسب ما جاء في نص المادة 04 من الأمر 05-02 المذكور سابقا، الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة، الرحمة، التعاون، إحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب، وكما نص المشرع الجزائري في المادة 07 من نفس القانون على السن المحددة لأهلية الزواج.

فالمشرع الجزائري من خلال الأمر 05-02 المذكور أعلاه، حدد سن الزواج لكن أغفل تحديد الحد الأدنى لإبرام عقد الزواج، فقد ترك رخصة الزواج دون السن القانونية على إطلاقها، ومع ذكر يجب توفر عنصري المصلحة، الضرورة، وقدرة الطرفين على الزواج.

ولكن بعد مصادقة رئيس الجمهورية السابق عبد العزيز بوتفليقة على المرسوم الرئاسي رقم المتضمن 16/254 التصريحات التفسيرية على بروتوكول الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب بشأن حقوق المرأة في إفريقيا التي جاء في نص مادتها 06 ما يلي " تسهر الدول الأطراف على تمتع الرجل و المرأة بحقوق متساوية وإعتبارهما شريكين متساويين في الزواج، وفي هذا الصدد تقوم الدول الأطراف باعتماد الإجراءات التشريعية المناسبة، فيكون الحد الأدنى لسن الزواج بالنسبة للفتاة 18 سنة ".[2]

---

[1] المرسوم الرئاسي رقم 16/254، المتضمن التصريحات التفسيرية على بروتوكول الميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب بشأن حقوق المرأة في إفريقيا المتضمن طرق الدورة العادية لثانية لمؤتمر الاتحاد الإفريقي بمابوتو في 11/7/2003، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 58 ، الصادر بتاريخ 5/10/ 2016

[2] أحمد شامي، المرسوم الرئاسي رقم 16/254 و أثره على أحكام الترخيص القضائي بزواج القاصرة في التشريع الجزائري، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 6، العدد 04، 2020، ص 607.

إن هذا المرسوم الرئاسي عارض نص المادة 07 من الأمر المحدد لسن الزواج بالنسبة للرجل والمرأة فبالرجوع لنص المادة 06 من المرسوم الرئاسي 16-254 ، إن الفتاة التي تحتاج إلى ترخيص بالزواج يقل سنها عن 18 سنة، حيث أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى تحديد سن أدنى لمنح الترخيص الذي يجب على القاضي التقيد به، مع بقاء سن أهلية الزواج بالنسبة للفتى 19 سنة.[1]

فمن خلال عرض القوانين المحددة لسن أهلية الزواج في التشريع الجزائري، يتضح لنا أن المشرع خول للقاضي سلطة منح الإذن بالزواج دون أن يجعل حد أدنى بالنسبة للرجل والمرأة في حالة منحه ضمن أحكام المادة 07 من قانون الاسرة الجزائري.

ضرورة تعديل نص المادة 07 المذكورة أعلاه، وجعلها تتماشى مع قانون الوظيف العمومي المحدد لسن مباشرة العمل 23 سنة، لأن عقد الزواج يتطلب من مبرمه الحصول على عمل لتحمل الأعباء ضرورة تحديد مفهوم المصلحة، والضرورة لإزالة اللبس على القضاة، وكذلك يعتبر عقد الزواج من العقود الرضائية، ولكن قد يغيب عنصر الرضا في مسألة منح الإذن بالزواج خاصة في حالة المغتصبة المكرهة أحيانا على الزواج من مغتصبها.

إن الأمر 05/02 المذكور آنفا، قاصر من الناحية الموضوعية، فلم يتطرق في نصوص مواده إلى مصير الزواج دون استصدار إذن من القاضي، وكذلك جزاء مخالفة نص المادة 07 منه.

وما يمكن ملاحظته، أن نص المادة 6 من المرسوم 16/254 المذكور آنفا، المشرع الجزائري إعتبر أهلية الزواج بالنسبة للفتاة 18 سنة، وذلك لإعتبار أن الإتفاقية التي يصادق عليها رئيس الجمهورية تسمو على القانون طبقا لأحكام المادة 150 من دستور 1996 المعدل بموجب القانون 16/01 التي جاء في نصها "المعاهدات التي يصادق رئيس الجمهورية، وحسب

[1] أحمد شامي، المرجع نفسه، ص 611.

الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون "[1]، ولذا وجب إعادة صياغة نص المادة 07 من الأمر 05/02 من قانون الأسرة الجزائري بتعديل سن الزواج لما يطابق المرسوم الرئاسي 16-254 المذكور آنفا، وتحديد حد أدنى لسن الزواج لا ينزل عليه القاضي المؤهل له صلاحية ذلك.

المطلب الثالث:

معـــايير منح الترخيص بزواج القـــاصر

إن نص المادة 07 قانون الأسرة الجزائري التي تضمنت المعايير التي يدرسها القاضي، ويتحقق منها لمنح الترخيص القضائي بزواج القاصر، إلا أن المشرع لم يحدد مفهوم هذه المعايير ولم يوضحها ولو بمثال، حتى لم يعط ضوابط المعيار المصلحة والضرورة، ولم يحدد قدرة الطرفين هل هي قدرة مادية أم جسدية؟.

ولذا يتوجب علينا دراسة هذا الجانب المفاهيمي من الجانب اللغوي والإصطلاحي لهذه المعايير قبل أن نتفصل فيها في الجانب الإجرائي، وهذا ما سنحاول دراسته في ثلاثة فروع متتالية.

الفرع الأول:

معيـــار المصلحة

نتناول معيار المصلحة من خلال التطرق لتعريفها في اللغة وإصطلاحا في نقطتين متتاليتين.

أولا: تعريف المصلحة في اللغة:

[1] المادة 150 من الدستور الجزائري المعدل بموجب القانون 16/01 ، الصادر بتاريخ 06/03/2016 ، جريدة رسمية، العدد 14، الصادر بتاريخ 7/3/2016.

ورد تعريف المصلحة في القاموس الفقهي لغة واصطلاحا، فالمصلحة لغة على وزن المنفعة، فيقال: المصلحة: الصلاح، جمعها مصالح أي منفعة.

وفي لسان العرب فيقال: المصلحة من ضلح والمصلحة ضد الفساد، صلح، يصلح ويصلح صلاحا وصلوحا، والإصلاح نقيض الفساد[1] وبالتالي المصلحة هي كل منفعة وصلاح للفرد.

ثانيا: تعريف المصلحة في الاصطلاح:

براد بالمصلحة في لسان الشريعة الإسلامية جلب المنفعة ودفع المضرة في حدود المحافظة على مقاصد الشريعة الإسلامية،[2] أو هي المنفعة التي يحققها صاحب المطالبة القضائية من اللجوء إلى القضاء، فهي الدافع لرفع الدعوى لأنه لا تثبت الدعوى دون مصلحة، فهي الفائدة العملية التي تعود على رافع الدعوى من الحكم له، وإن لم تعد بفائدة فإن الدعوى لا تقبل.[3]

إذن المصلحة هي الفائدة العملية التي تعود على المدعي، فهي الباعث من تقديم الطلب، غير أن المشرع لم يوضح الشروط الواجب توافرها في المصلحة، مما يجب الرجوع إلى الأحكام الفقهية.

[1] حفيظة فضلة، المرجع السابق، ص 109.

[2] حفيظة فضلة، المرجع نفسه، ص 116.

[3] فاسي عبد الله، المرجع السابق، ص 128.

الفرع الثاني:

معيـــار الضرورة

أولا: تعريف الضرورة في اللغة:

ورد تعريف الضرورة في المعجم الوسيط: الضرورة: الحاجة، والضروري كل ما تقل إليه الحاجة.

واضطره إليه: أحوجه و ألجأه.

فالضرورة مشتقة من الضرر الذي لا دفع له، والضرورة نظرية كاملة تشمل جميع أحكام الشرع[1]، وانتهى الفقه إلى أن الضرورات تبيح المحظورات، وهي قاعدة فقهية،[2] في حين اختلفت ضوابط الضرورة.

ثانيا: تعريف الضرورة في الاصطلاح:

الضرورة حالة من الخطر والمشقة الشديدة تطرأ على الإنسان،[3] وفي حين أنه اختلفت ضوابط الضرورة:

– أن تكون قائمة لا منتظرة.

– ألا يخالف المضطر مبادئ الإسلام، كان يزوج الولي القاصرة من كافر، فيكون قد عارض الشريعة.

– ألا يجد المضطر وسيلة أخرى تعينه عما سيقدم عليه.

– كذلك حسب ما جاء القانون المادة 31 من قانون الأسرة الجزائري، فيجب أن يتوفر عذر يبيح الزواج، وأن يقدر الضرورة ذوي الاختصاص مثلا: شهادة طبية.[4]

---

[1] فاسي عبد الله، المرجع السابق، ص 100.

[2] عيسى حداد، المرجع السابق، ص 107.

[3] حفيظة فضلة، المرجع السابق، ص 113.

[4] فاسي عبد الله، المرجع السابق، ص 101.

إذن، فالضرورة هي حالة قائمة خطرة تستدعي الاستعجال في الزواج وعدو الانتظار والتأجيل لما بعد سن الرشد القانوني.

كذلك الضرورة هي حالة قائمة خطرة تستدعي العمل بالاستثناء من القاعدة العامة والاستعجال وعدم الانتظار كما ينطبق على الترخيص بزواج القصر، فإذا طرأت على القاصر حالة ضرورة ما فتعرض على القاضي الذي يقدرها بمعرفته العملية القانونية فيمنح الترخيص بالزواج قبل بلوغ سن الرشد القانونية، طبعا يكون هذا الترخيص المصلحة القاصرة.

الفرع الثالث:

معيـــــار القدرة

فالحديث عن معيار المصلحة والضرورة لمنح الترخيص بزواج القاصر لوحدهما غير كافي بل أن المشرع إشترط أيضا معيار آخر في المادة 07 ق ا ج ، وهو قدرة الطرفين على الزواج، فالقاضي قبل منح هذا الترخيص لا بد من يتأكد من قدرة الطرفين على هذا الزواج، لأنه تتكون في المستقبل ممارسة الحياة الزوجية والتزامات وحقوق للطرفين، فأساس أي إلتزام هو القدرة على أدائه لهذا إشترط المشرع قدرة الطرفان.

فالمقصود بالقدرة هنا هي إستطاعة هذا القاصر الذي يريد الزواج على تحمل أعباء الزواج و القيام بالمسؤوليات، لأن الزواج هو عقد يرتب التزامات كبيرة على طرفين كالحمل والإنجاب وتربية الأولاد الإنفاق على الزوجة والأولاد، وإدارة شؤون الأسرة والحرص على إستمرارها، ولابد أن تتوفر القدرة على تحمل الأعباء والقيام بالواجبات من الممارسات القضائية، فالقاضي يراعي في القدرة البنية الجسدية والنفسية والمالية للأطراف[1].

[1] رزيق بخوش، المرجع السابق، ص 365.

أولا: القدرة البدنية:

تتعلق هذه القدرة بالقاصرة خاصة، فلا بد أن تكون القاصرة تتمتع ببنية جسدية قوية أي تكون قادرة على تحمل مسؤوليات الزواج، كالوطء والإستمتاع، وخدمة الزوج، والحمل والإنجاب حيث يكون جسم الفتاة مستعدا بيولوجيا للقيام بهذه المهام دون أن نتعرض لأي أضرار، فهذه القدرة تختلف باختلاف الأشخاص.

ثانيا: القدرة المالية:

أما هذه القدرة تتعلق بالذكر، حيث أنه يجب أن يكون قادرًا على دفع صحة الصداق ومتمكنا من إكتساب المال من أجل الإنفاق على زوجته وأولاد، وأن يوفر لهم المسكن اللائق، فلا يعقل أن يتزوج الصغير وهو فقير معسر لا يملك مالا يكفيه للوفاء بالتزاماته المالية تجاه أسرته

ثالثا: القدرة النفسية:

المقصود هنا أن يكون الصغير والصغيرة على قدر من الوعي، والإدراك بحقيقة الزواج، حيث أنه يجب أن يكون أهلا لتحمل مسؤوليات الحياة الزوجية، وأن هذا الصغير الذي يريد الزواج ليس راجعا إلى إختلالات نفسية، أو أن يكون ساذجا طائشا، لا فكرة له عن حقيقة الزواج، فهنا كان تزويجه مفسدة.

خلاصة الفصل الأول:

إذن من خلال هذا الفصل خلصنا إلى أن المشرع وحد من أهلية الزواج بالنسبة للذكر والأنثى تطبقا مع أحكام القانون المدني وجعلها من النظام العام، إلا أنه أجاز للشخص الزواج قبل بلوغ سن الرشد القانوني، ذلك مقيد بجملة من الشروط، أولها هو التحصل على ترخيص قضائي بزواج القاصر، فهذا الأخير يعتبر من بين الأعمال الولائية للقاضي التي يصدرها بموجب أمر على عريضة.

فالقاصر ليتم إبرام عقد زواجه يجب عليه تقديم الترخيص من بين الوثائق المقدمة، فلابد على الراغب في الزواج وهو دون السن القانونية، تقديم طلب وهذا بعد موافقة وليه الشرعي القانوني المحدد ينص القانون، وهذا لعدم صلاحيته لإبرام التصرفات القانونية لنقص في أسباب التمييز والإدراك، فالقاضي عليه دراسة هذا الطلب بدقة والتأكد من وجود مصلحة، أي أن هذا الزواج سيعود بالنفع على هذا القاصر، أو ضرورة ملحة طرأت على هذا القاصر.

فلابد من تزويجه مثل حالات الإعتداء والخطف، أو الخوف من الوقوع في الزنا، وكذا مراعاة قدرة الطرفين لحماية القاصر، فبالنسبة للفتاة فتتمثل في القدرة الجسدية أي أن هذه القاصرة قادرة على تحمل أعباء الزوجية من إنجاب وتربية الأولاد ورعاية البيت وشؤونه، وفضلا عن ذلك القدرة النفسية للطرفان.

الفصل الثاني
إجراءات منح الترخيص بزواج القصر

إن ظـاهرة زواج القصـر إنتشـرت بكثـرة فـي الوسـط الاحتمـاعي، وهـو مـا أدى بالمشـرع الجزائري إلـى تقرير الترخيص الذي يمنحـه القاضـي المختص لمباشرة عقد الزواج، فلن تكتمل دراسته بمجرد معالجتنـا للمفاهيم، فلابـد لنـا مـن دراسـة قواعـد وضـوابط مـنح هـذا الترخيص مـن شروط وإجراءات التـي يتبعهـا مـن لـه مصـلحة للحصـول علـى الترخيص لـزواج القاصـر، وأيضـا الآثار القانونيـة المترتبـة عن هذا الترخيص القضـائي، ومـاهي نتـائج وأسـاليب مخالفـة الترخيص بزواج القصر.

ومـن هنـا لابـد أن نتطـرق إلـى أهـم الثغـرات ومـواطن القصـور التـي وقـع فيهـا المشـرع الجزائـري، حيـث أن هـذا الأخيـر لـم يعـالج مسـألة التـرخيص لـزواج القصـر بالقـدر الكـافي مـن النصـوص القانونيـة، لكنـه إكتفـى بتنظـيم هـذه القواعـد المهمـة فـي المـادة 07 مـن قـانون الأسـرة الجزائـري، إلا أنـه أغفـل ذكـر كيفيـة القيـام بهـذه الإجـراءات، ولـم يحـدد أو يضـبط المعـايير أو الشروط سالفة الذكر بل تركها على إطلاقها، وجعل للقاضـي سلطة تقديريـة مطلقة فـي تقدير هذه الشروط فـي ظـل قصـور النـص القـانوني، فهـذه الشـروط هـي نفسـها تحتـاج إلـى معيـار يضـبطها بدقة ويحـدد حـالات الضـرورة والمصـلحة، وكيـف يتم التأكد من قدرة الطرفان علـى الـزواج، ومـن هنـا توجـب علينـا البحـث فـي هـذه المعـايير بالإسـتعانة بنصـوص قـانون الإجـراءات المدنيـة والإدارية، وكذلك النصوص ذات الصلة بموضوعنا.

وعليـه، لنتعرض لدراسـة إجراءات منح الترخيص بـزواج فـي مبحثين اثنين، فنتنـاول قواعد استصـدار التـرخيص بـزواج القاصـر وسـلطة القاضـي التقديريـة فـي منحـه فـي مبحـث أول، وفـي حين نتطرق للآثار المترتبـة علـى منح الترخيص بزواج القاصـر وجزاء مخالفة قواعده فـي مبحث ثان، وذلك وفقا للتقسيم الآتي:

المبحث الأول: قواعد استصدار الترخيص بزواج القاصر وسلطة القاضي التقديرية في منحه.

المبحث الثاني: الآثار المترتبة على منح الترخيص بزواج القاصر و =جزاء مخالفة قواعده

المبحث الأول :

قواعد إستصدار الترخيص بزواج القاصر وسلطة القاضي التقديرية في منحه.

لم يحدد المشرع الجزائري بموجب قواعد قانون الأسرة قواعد كيفيات منح الترخيص بزواج القاصر، وكذا الإجراءات الخاصة به، كان لابد لنا من الإستعانة بقانون الإجراءات المدنية الإدارية لإستنباط هذه القواعد والإجراءات، وهذا من أجل التعرف على الجهة القضائية المختصة بمنح الترخيص، وكذا شكليات هذا الطلب و كيفياته.

فالمشرع من خلال نص المادة 07 قانون الأسرة الجزائري حدد معايير منح الترخيص، إلا أنه تركها للسلطة التقديرية للقاضي من خلال منحه سلطات واسعة بهذا الشأن، ومن هنا سنتطرق إلى هذه السلطات وكيف يقدر القاضي معيار المصلحة والضرورة، و كذا القدرة هل هي جسدية أم مادية أم معنوية، وهذا خاصة في ظل قصور النصوص التشريعية.

وولنتعرض لقواعد إستصدار الترخيص بزواج القاصر وسلطة القاضي التقديرية في منحه في مطلبين متتاليين.

المطلب الأول:

قواعد استصدار الترخيص بزواج القاصر

لصدور الترخيص بزواج القاصر لابد من مروره بمراحل عدة، وإستيفاءه لجميع الشروط المحددة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وقانون الأسرة، فيتم إيداع طلب من طرف الولي القانوني للقاصر، وهذا أمام الجهات القضائية الإقليمية المحددة بنص القانون وكذا أمام القاضي المختص.

فيجب أن تتوفر الصفة والمصلحة في الذي قدم الطلب، فهي شروط عامة ليتم قبول الدعوى، وكذا الوثائق المطلوبة الواجب توافرها في هذا الطلب، وبما أن هذا الترخيص يعتبر من

الأعمال الولائية للقاضي، فهذا الأخير له كامل السلطة في قبول منح الترخيص لزواج القاصر أو الرفض.

فسنتناول الجهة القضائية المختصة بمنح الترخيص بزواج القاصر، شكليات طلب الترخيص وصدور الترخيص بزواج القاصر في ثلاثة فروع متتالية.

الفرع الأول:

الجهة القضائية المختصة بمنح الترخيص بزواج القاصر

إن 0دراسة الجانب الإجرائي للترخيص لزواج القاصر، سنتطرق إلى الجهة القضائية المختصة بمنح هذا الترخيص، لأنه يعتبر من المسائل الجوهرية في هذا الموضوع، وأما المادة من قانون الأسرة الجزائري لم تحدده لنا إن كان منح هذا الترخيص من صلاحيات قاضي شؤون الأسرة، أم هو من صلاحيات رئيس المحكمة.

ومن هنا سنتعرف على الجهة القضائية إقليميا بمنح هذا الترخيص، ثم سنحدد القاضي المختص بمنح الترخيص بزواج القاصر في نقطتين متتاليتين.

أولا: الإختصاص الإقليمي:

يسمى بالإختصاص الإقليمي لقسم شؤون الأسرة، والذي يعد جزء من الإختصاص الإقليمي العام للمحكمة الإبتدائية التي يشكل فرعا من فروعها، وهذا ما تؤكده المادة 426من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها:[1]

" تكون المحكمة المختصة إقليميا:

7- في موضوع الترخيص بالزواج بمكان طالب الترخيص...."

[1] المادة 426 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

فحسب ما ورد في الفقرة السابعة من هذه المادة المذكورة سابقا، فإن الترخيص بالزواج من المسائل التي تختص بها المحكمة الموجودة في دائرة إختصاص مكان إقامة طالب الترخيص بالزواج.[1]

ثانيا: الإختصاص القضائي:

لقد أسند المشرع الجزائري في نص المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري،[2] مهمة الترخيص بزواج القاصر إلى القاضي، وبطبيعة الحال يجب أن يكون قاضي شؤون الأسرة، إلا أن المشرع لم يوضح هذا صراحة في المادة سابقة الذكر.

وأما في المادة 423 قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإنه : ينظر" قسم شؤون الأسرة على الخصوص في الدعاوى الآتية:

1- الدعوى المتعلقة بالخطبة والزواج و الرجوع إلى بيت الزوجية وتوابعها حسب الحالات الذكورة في قانون الأسرة."[3]

فقاضي شؤون الأسرة هو المؤهل قانونا لمنح الترخيص بزواج القاصر، إلا أن المستقر عليه في المحاكم الوطنية، بعضها أخذ بهذه المادة وأسند الإختصاص لقاضي شؤون الأسرة، وبعضها إحتفظ فيها لرئيس المحكمة بهذا الإختصاص،[4] وهذا راجع إلى أنه في فترة قبل صدور قانون 08/09 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية،[5] حيث كانت في هذه الفترة الأذون والتراخيص القضائية بما فيها الترخيص بزواج القاصر من صلاحيات ومهام رئيس المحكمة.

---

[1] قاشي علال، عشير جيلالي، إشكالات الترخيص القضائي لزواج القاصر في التشريع الجزائري، منشورات مخبر النظام القانوني للعقود و التصرفات في القانون الخاص، جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة الجزائر، جوان 2021، ص 36

[2] المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري.

[3] المادة 423 ق.إ.م.ا

[4] فاسي عبد الله، المرجع السابق، ص 88.

[5] قانون رقم 08/09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الجريدة الرسمة العدد 21، المؤرخة في 2008.

وأما فترة ما بعد صدور قانون 08/09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فقاضي شؤون الأسرة يرشد القاصر بموجب أمر ولائي حسب الشروط المنصوص عليها قانونا، وهذا ما تؤكده المادة 423 سابقة الذكر، وكذلك المادة 480 من قانون الأسرة الجزائري،[1] على أن الترخيص القضائي بزواج القصر هو من صلاحيات قاضي شؤون الأسرة دون سواه، وهذا أيضا ما تؤكده الممارسات القضائية على مستوى محكمة الولاية سوق أهراس.

فالقاضي المختص بمنح الترخيص بزواج القصر هو قاضي شؤون الأسرة.[2]

الفرع الثاني:

شكليات طلب الترخيص بزواج القاصر

لكل دعوى قضائية شروط لابد من توفرها لقبول أي الدعوى، والتي نظمها المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة 13 منه، وهي محددة حصرا في الصفة الواجب توافرها في شخص المدعي أو المدعى عليه، أو طالب الترخيص في موضوعنا، وأما المصلحة فيجب أن تكون قائمة فهي الفائدة التي يسعى إليها رافع الدعوى، أو مقدم الطلب، وكما أن هذا الطلب المقدم يجب أن يرفق بوثائق معينة، وأن يكون وفقا للشكل المطلوب.

ولنتعرض لشكليات طلب الترخيص بزواج القاصر من خلال التطرق لشرط الصفة، شرط المصلحة وشكل الطلب في ثلاث نقاط متتالية.

أولا: شرط الصفة:

فالأصل أن الصفة هي الحق في المطالبة بالحق أمام القضاء، فهي المصلحة الشخصية المباشرة في التقاضي [3]حيث يرى بعض الفقه أن الصفة ليست هي المصلحة الشخصية

---

[1] المادة 480 قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

[2] قاشي علال، عشير جيلالي، المرجع السابق، ص 36.

[3] عبد الرحمن، ربربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية : قانون رقم 08/09 مؤرخ في 23 فيفري 2008، طبعة 02 منشورات البغدادي البليدة الجزائر، 2009، ص 34

والمباشرة، بل هي السلطة التي منحها القانون للشخص للممارسة الدعوى أمام القضاء، فهي تكون لصاحب الحق، أو لمن تلقى الحق عنه أي لمن أحله القانون محله في الإدعاء، فشرط الصفة يعتبر وصفا من أوصاف المصلحة، فلا يمكن أن ينفصل عنه.

فشرط الصفة شرط شكلي لقبول الدعوى، كما أنه متعلق بالنظام العام.

فالصفة الإجرائية غير الصفة الموضوعية، فهذه الأخيرة نعني بها أن صاحب الحق الموضوعي هو من شغل مركز الخصم، والمعتدي في المركز المقابل،[1]وأما الصفة الإجرائية هي صلاحية الشخص لمباشرة الإجراءات القضائية بنفسه متى كان راشدا وقادرا على ذلك.[2]

فلا يمكن تقديم أي طلب أمام القاضي ما لم تتوفر للشخص الصفة في التقاضي، أما الصفة في الترخيص القضائي لزواج القاصر هو تقديم طلب من طرف ولي القاصر أو من ينوب عنه لنقص أهليته فهذا يعد شرط صحة الطلب ، وهذا ما أكدته المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.[3]

ثانيا: شرط المصلحة:

فالمصلحة تعني المنفعة التي سيحققها صاحب الطلب من رفع دعواه أمام القضاء، فلا دعوى من دون مصلحة، وهي أيضا المنفعة العملية التي تعود على صاحب الطلب والضابط والمعيار لضمان جدية الدعوى وعدم خروج أهدافها من القانون.[4]

وكما أن المصلحة شرط لقبول الدعوى، فهي أيضا شرط لقبول أي طلب، فهي يجب أن تكون مصلحة قانونية أي أن القانون هو الذي أقرها ، وكذا تكون مصلحة شخصية ومباشرة،

---

[1] نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية : الخصومة – التنفيذ – التحكيم، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2009، ص 37

[2] فاسي عبد الله، المرجع السابق، ص 126.

[3] قاشي علال وعشير جيلالي، المرجع السابق، ص 37.

[4] عبد الرحمن بربارة، المرجع السابق، ص 38.

والتي نقصد بها شرط الصفة، فهذه الأخيرة تعتبر شرطا قائما بذاته إلا أن المشرع أجاز للنيابة العامة بإعتبارها ممثلة المجتمع وأمينة على مصلحة القانون أن ترفع الدعوى في حالات محددة من بينها مواد الأحوال الشخصية.[1]

فالمصلحة إما تكون قائمة أو محتملة، فالمصلحة القائمة فهي حماية الحق أو المركز القانوني الذي تم الاعتداء عليه، وأما المحتملة فهي قد تتولد في المستقبل ضرر أما التي يقرها القانون فهي منع وقوع ضرر محتمل.[2]

فالهدف من تقديم ترخيص لزواج القاصر يقوم على مصلحة مشروعة يقرها القانون ويحميها، طالما زواجه لا يخالف النظام العام والآداب العامة.[3]

ثالثا: شكل الطلب:

ليتم قبول عريضة الترخيص بزواج القاصر من قبل القاضي، يجب أن تخضع لنفس الإجراءات الساري العمل بها في المحاكم، حسب نصت المادة 311 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه:" تقدم العريضة من نسختين و يجب أن تكون معللة، و تتضمن الإشارة إلى الوثائق المحتج بها، و ..."

ومن خلال نص المادة 311 المذكورة سابقا، يجب أن تقدم العريضة في نسختين يشترط فيهما التطابق من حيث البيانات وتتمثل هذه الأخيرة حسب نص المادة 15 من نفس القانون في ذكر الجهة القضائية التي يقدم أمامها الطلب، واسم ولقب الطالب وموطنه و كذا الإشارة إلى المستندات المرفقة المتمثلة في:

- طلب مكتوب من ولي الأنثى أو الذكر مؤرخ وموقع عليه.

---

[1] نبيل صقر، المرجع السابق، ص 46.

[2] المرجع نفسه، ص 49.

[3] علال عشير جيلالي، المرجع السابق، ص 37.

– شهادة ميلاد المعني (ة) بالأمر.

– طابع جبائي.

– شهادة طبية تثبت أهلية القاصر للزواج فيزيولوجيا.

– إضافة إلى ذلك عرض موجز للوقائع معللة و تأييدها بسندات، مما يبرر للقاضي قناعته في إصدار الترخيص بالزواج.[1]

الفرع الثالث:

صدور الترخيص بزواج القاصر

بعد تقديم طلب الترخيص بزواج القاصر وتضمنه لجميع الوثائق المطلوبة، وتقديم الأسباب الكامنة وراء هذا الطلب، وكذا إستيفائه لجميع الشروط لقبوله شكلا، فيتم تقديمه أمام القاضي المختص لنظر المضمون، وتقدير الشروط المحددة في المادة السابعة، فالقاضي حسب سلطته التقديرية يصدر هذا الترخيص إما بالقبول أو الرفض، وبما أنه أصبحت النيابة العامة طرفا أصليا في قضايا شؤون الأسرة.

وسنحاول تبيين دور النيابة العامة في إصدار الترخيص لزواج القاصر، ثم التطرق إلى سلطة القاضي في إصدار الترخيص بزواج القاصر في نقطتين متتاليتين.

أولا: دور النيابة العامة في إصدار الترخيص بزواج القاصر:

لقد أضاف الأمر 05/02 المعدل لقانون 84/11 المتضمن لقانون الأسرة في المادة 03 مكرر حيث نصت هذه الأخيرة على أنه : "تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون."[2]

[1] علال عشير جيلالي، المرجع نفسه، ص37.

[2] المادة 03 مكرر من قانون الأسرة الجزائري.

فيتضح من خلال نص المادة بأن المشرع جعل النيابة العامة طرفا أصليا في جميع قضايا شؤون الأسرة، والمؤكد أن الترخيص بزواج القاصر أيضا من بينها، وهذا يتحقق إلا بمثولها في القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام قانون الأسرة، لإبداء ملاحظاتها وإلتماساتها، أو بتقديم طلباتها مكتوبة، وأن يظهر ممثل النيابة العامة كطرف أصلي في الحكم،[1] وهنا يعتبر دور النيابة العامة دورا إيجابيا وشاملا لكل ما يتعلق بتكريس الطابع الحمائي وتحقيق مصلحة الأسرة.[2]

فالنيابة العامة هي التي تسهر على حماية المجتمع، لهذا أوكلها المشرع بأدوار مهمة في جميع قضايا المتعلقة بالأسرة، لتسهم بشكل فعال في الحفاظ على كيان الأسرة و إستقرارها.[3]

لقد نصت الفقرة 2 من المادة 260 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أنه:

.... يجب إبلاغ النيابة العامة عشرة أيام (10) على الأقل قبل تاريخ الجلسة بالقضايا الآتية:

5- حماية ناقصي الأهلية ".

وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قراراتها، يعتبر إطلاع النيابة العامة على الملفات الخاصة بالقصر قاعدة جوهرية،[4] فالنيابة العامة تكون إما كطرف أصلي أو كطرف منضم، فإذا كانت كطرف أصلي يترتب عن غيابها في القضية البطلان.

ثانيا: سلطة القاضي في إصدار الترخيص بزواج القاصر:

إن القاضي يمارس مهامه وفقا لصنفين إما يكون عمل قضائي، وإما يكون عمل ولائي أما طلب الترخيص لزواج القاصر فهو ضمن الأعمال الولائية للقاضي، لأن القاضي هنا بمثابة

[1] العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 35.

[2] فاسي عبد الله، المرجع السابق، ص93.

[3] كريمة محروق، المرجع السابق، ص 166.

[4] كريمة محروق، المرجع نفسه، ص 169

الولي القانوني لهذا القاصر وهذا لأجل حمايته، فتصدر هذه الأعمال الولائية للقاضي بموجب أمر على عريضة، حيث يجب أن يكون مسببا في حالات القبول والرفض.[1]

ولقد حددت المادة 310 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري أجل إصدار الأوامر على عرائض، وهو ثلاثة أيام (03) كأقصى أجل يحسب من تاريخ تقديم الطلب، ومن هنا يتبين لنا بأن الأوامر الولائية تستوجب السرعة في دراسة هذا الطلب لمصلحة أو ضرورة والفصل فيه وإصداره إما بالقبول أو بالرفض، وعلى ذلك فإن المشرع الجزائري يستوجب في الأوامر الولائية التسبيب، فهذا الأخير بعد أمرا جوهريا يجب توفره، وذلك ثابت بالنصوص القانونية المادتين 11 و 11 3 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري[2].

فالأوامر الولائية تعتمد في إصدارها على إرادة القاضي وسلطته التقديرية، ومن بينها الترخيص بزواج القاصر[3] لهذا يجب تسبيبها، ويترتب على غيابه البطلان، فالتسبيب واجب وهذا الإمكانية فرض الرقابة عليه عند الاستئناف.[4]

وبما أن هذا الترخيص بزواج القاصر من بين الأوامر الولائية، فللقاضي كامل السلطة في القبول أو الرفض، فإذا اقتنع القاضي بضرورة إبرام هذا الزواج، فيحق له الرجوع فيه أو تعديله، وأما في حالة رفض الطلب المقدم، فيكون الأمر بالرفض قابلا للإستئناف أمام رئيس المجلس القضائي، في أجل خمسة عشر (15) يوم من تاريخ صدور الأمر بالرفض، فيفصل رئيس المجلس القضائي في الإستئناف المقدم في أقرب الآجال، وهذا ما نصت عليه المادة 312 من قانون الأسرة الجزائري.[5]

---

[1] اسمهان عفيف، المرجع السابق، ص 259

[2] قاشي علال وعشير جيلالي، المرجع السابق، ص 38.

[3] ملحق رقم 01

[4] نبيل اسماعيل عمر، النظام القانوني للحكم القضائي، المرجع السابق، ص 59.

[5] المادة 312 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

المطلب الثاني:

سلطة القاضي التقديرية في منح الترخيص بزواج القاصر

لقد حدد المشرع الجزائري في نص المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري المعايير الواجب توافرها لمنح الترخيص بزواج القاصر، وهي المصلحة والضرورة والقدرة، إلا أنه لم يضبطها أو يحددها بل تركها على إطلاقها، ومنح للقاضي من خلال هذه المادة سلطة تقديرية واسعة في تقدير هذه المعايير ومنح هذا الترخيص.

إذن، إن المشرع الجزائري خول مهمة حماية مصالح القصر للقاضي، فهذا الأخير في إطار ممارسة مهامه لابد من مراقبة هذا الترخيص، أي مدى توفر هذه المعايير وماهي المصلحة التي سيجنيها القاصر من هذا الزواج، وأيضا مراعاة أو التأكد من قدرة الطرفين على هذا الزواج.

لهذا وجب علينا التعرف على السلطة التقديرية أولا من خلال التطرق إلى التعريف اللغوي والتعريف الإصطلاحي لهذا المصطلح، ثم التطرق السلطة للتقديرية للقاضي في تقدير هذه المعايير من خلال الفروع المتبقية، وسلطة القاضي في تقدير الضرورة والقدرة ثلاثة فروع متتالية.

الفرع الأول:

تعريف السلطة التقديرية للقاضي

لنتعرض لتعريف السلطة التقديرية للقاضي من خلال التطرق للتعريف اللغوي للسلطة التقديرية وأيضا سنعرفه من الناحية الفقهية الشرعية، وكذا التعريف القانوني لهذه السلطة.

فالسلطة التقديرية مصطلح مركب من كلمتين هما: الكلمة الأولى السلطة وأما الثانية فهي التقديرية.

أولا: التعريف اللغوي للسلطة التقديرية:

السلطة في اللغة: من سلط، والسلاطة بمعنى القهر والإسم سلطةً، والتسليط إطلاق السلطان وسليط أي شديد والسلطان الحجة، لأنهم هم الذين تقام بهم الحجة و الحقوق[1]، إذن فالسلطة تعني القوة والتحكم.

والمقصود بالتقديرية في اللغة: من قدر القدير، والقادر وهي من صفات الله عز وجل، فالقادر اسم فاعل من قدر يقدر، والقدير فعيل منه، وهو للمبالغة والمقتدر مفتعل من إقتدر، وهو أبلغ.

وهي الموافقة على الشيء، والتقدير هو التسيير، يقصد بها أيضا ما يحكم به من الأمور،[2] والتقدير على وجوه من المعاني هو التفكير في تسوية أمر وتهيئته، وأيضا تقديره بعلامات يقطعه عليه، وأخرى أن تنوي أمرا بعقدك أي نويته و عقدت عليه.[3]

فالتقديرية تعني القدرة على تقدير الأمور، وتكون من شخص مقتدر على التحكم في الأمور، فالسلطة التقديرية هي القدرة على التفكير والتسلط في تسوية الأمور وفقا للعقل والتفكير.[4]

ثانيا: مفهوم السلطة التقديرية من الناحية الفقهية الشرعية:

لم يستعمل الفقهاء في القديم مصطلح السلطة التقديرية بل عبروا عنه بمصطلحات أخرى منها رأي القاضي حكم القاضي، نظر القاضي وإجتهاد القاضي فهذه المصطلحات تعود لمفهوم واحد، وهو السلطة التقديرية.

---

[1] ابن منظور المرجع السابق، ص 2065.

[2] ابن منظور، المرجع نفسه، ص3546

[3] ابن منظور، المرجع نفسه، ص 3547.

[4] حفيظة فضلة، السلطة التقديرية للقاضي في مسألة الترخيص بالتعدد في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية جامعة الجلفة، الجزائر ، المجلد 10، العدد 4، 2017، ص 217.

وأما عند فقهاء الإسلام فالسلطة عندهم كانت تعني القوة، والتمكن من تنفيذ أحكام الله تعالى على وجه الإلزام.[1]

وكما جاء في قوله تعالى: "وَدَاوُدَ وسُلَيْمَانَ إِذْ يَحكُمَانِ فِي الحَرثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ القَومِ وَلِحُكمِهِمْ شَاهِدِينَ (78) فَفَهَمْنَهَا سُليمان وكُلا آتَيْنَا حُكمًا و عِلمًا".[2]

وعليه، فالسلطة التقديرية للقاضي هي صلاحية يتمتع بها القاضي للقيام بعمله بالتفكير والمقايسة لإقامة شرع الله في الأمور المعروضة أمامه، وكذا إختيار الطريقة المناسبة لتنفيذ الحكم، ومع مراعاة أحوال المتقاضين عند الفصل في الدعوى.[3]

وأيضا يمكن تعريف السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي بأنها صلاحية للقيام بأمور ولاية القضاء من طرف النائب المختار من الأمة لإقامة الحقوق والحجج، وفقا لشرع الله ضمن حدود ولايته و نيابته.[4]

ثالثا: التعريف القانوني للسلطة التقديرية للقاضي:

إن القانون خول للقاضي قوة وسلطة ضبط النظام وحماية المراكز القانونية الممنوحة بالنصوص القانونية للأفراد، وكذا تنفيذ الأحكام ولو بالقوة.[5]

فالقاضي منحه القانون صلاحية لابد من استعمالها بشكل صحيح، وأن تكون أحكامه الصادرة لها من الحجية، والنفاذ ما يجعلها مفيدة ومستقلة، فالقاضي عليه الالتزام وإتباع نظام مانحه تلك السلطة.[6]

---

[1] حفيظة فضلة، المرجع نفسه، ص 217.

[2] سورة الأنبياء، 78-79.

[3] محمود محمد ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2007، ص 81.

[4] محمود محمد ناصر بركات، المرجع السابق، ص 80.

[5] محمود محمد ناصر بركات، المرجع نفسه، ص 77.

[6] محمود محمد ناصر بركات، المرجع نفسه، ص 78.

فتقدير القاضي قد يكون تقديرا شخصيا، وقد يكون تقديرا موضوعيا، وكلاهما نوعان لأنواع التقدير القضائي لأن القاضي قبل إصداره لأحكامه يجب عليه، التقدير قبل القضاء،[1]والسلطة التقديرية للقاضي هي صلاحية تمكن صاحبها من إذعان إرادة شخص آخر لإرادته ولو بالقوة .[2]

الفرع الثاني:

سلطة القاضي في تقدير المصلحة

حسب نص المادة 07 قانون الأسرة الجزائري يتم منح الترخيص لزواج القاصر إستنادا إلى عدة معايير، وأول معيار تضمنته هو المصلحة والقاضي بإعتباره الراعي لمصالح القصر، فعند إصداره أو منحه لهذا الترخيص بالزواج، لابد من توفر التبرير الموجود وراء هذا الزواج أي المنفعة، ويخضع لرقابة القاضي وتقديره.

فالمصلحة هي أول معيار يجب توافره للحصول على الترخيص بالزواج، لهذا فإن تحديد معيار المصلحة يكون إذا كانت هناك مصلحة للزوجين، أو المجتمع فيجوز للقاضي منح الترخيص بالزواج.[3]

والمصلحة هي الفائدة العملية التي تعود على المدعي من حكم له بطلبه، وهي المنفعة الموجودة التي يريد الطالب الحصول عليها من التجاءه للقضاء.[4]

فالمشرع لم يحدد و يبين لنا هذه المصلحة بل تركها للسلطة التقديرية للقاضي ولإجتهاده، وعليه فإن المصلحة يجب أن تكون أكيدة و أن تكون هي الدافع الأساسي لطلب الإذن بالزواج،

---

[1] نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، 2008، ص6.

[2] حفيظة فضلة، السلطة التقديرية للقاضي في مسألة الترخيص بالتعدد في قانون الأسرة الجزائري، ص 217.

[3] عيسى حداد المرجع السابق، ص 107.

[4] قاشي علال و عشير جيلالي، المرجع السابق، ص 33

وهذا هو الذي يجب على القاضي مراقبته والتأكد منه قبل منحه للترخيص، فالقاضي يقدر هذه المصلحة بعد الإستماع إلى أبوي القاصر، وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 17/05/1998: "من المقرر قانونا أنه يكون الأب وليا على أولاده القصر و بعد وفاته تحل محله الأم قانونا،[1] أو بعد أخذ رأي الطبيب المختص، أو إجراء بحث إجتماعي في الموضوع، أو من لقاء قد يتم بين القاضي والقاصر أو القاصرة الراغبة في الزواج الأولين، والقاضي ولي من لا ولي له، فإذا تعارضت رغبة القاصر مع رغبة الولي، وتمسك كل منهما برايه[2]

فيعود الأمر هنا للقاضي الذي يقرر منح الترخيص أو عدمه، ويتم ذلك وفقا لما تأكدت لديه عمليا من خلال أحكام المادتين 11 في فقرتها 2 والمادة 90 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.[3]

فالقاضي إعمالا لسلطته التقديرية يتم ترجيح مصلحة القاصر بالدرجة الأولى، أما إذا تعارضت مصلحة الولي ومصلحة القاصر مع مقتضيات عقد الزواج، فللقاضي حق رفض منح الترخيص، لأن المصلحة هنا متنافية مع أهداف الزواج الواردة في المادة 4 من قانون الأسرة الجزائري، ومما يترتب عليه إبطال العقد في حالة إبرامه، وهو ما جاء في المادة 32 من ذات القانون.[4]

[1] المحكمة العليا، الغرفة المدنية القرار بتاريخ 17/05/1998، ملف رقم 167835 ، المجلة القضائية، العدد 02، 1997 ص 77

[2] أحمد شامي فيروز بن شنوف، المرجع السابق، ص 610.

[3] أحمد شامي فيروز بن شنوف، المرجع نفسه، ص 611.

[4] قاشي علال وعشير جيلالي، المرجع نفسه، ص 34 .

فالمشرع الجزائري من خلال هذا الترخيص سهل الطريق لمن هم في حاجة ماسة للزواج قبل السن القانونية،[1] فالمصلحة هي ما تعود بالنفع والفائدة على القاصر بسبب زواجه ومن أمثلتها ما يلي:

– أن تكون هذه القاصرة يتيمة، وليس لها من يكفلها ويرعاها فالأصلح لها أن تتزوج، وخاصة إذا كان من رجل كفء يحفظها وينفق عليها، وينقذها من الفقر والجوع.

– أن يكون الصغير مريضا نفسيا أو عضويا، وينصح الأطباء بتزويجه، لأن الزواج مفيد في علاجه وشفائه، فيزوج الصغير من أجل شفائه، ولكن بالطبع يكون بعلم الزوج الآخر بحالته.

– أن يخشى على الصغير أو الصغيرة من الانحراف والوقوع في الزنا، بسبب الظروف المحيطة به، أو القوة الجنسية الجامحة، فيكون تزويجه هو الأصلح له ولحفظه من الانحراف، كما جاء في الحديث:" **يَا مَعْشَرَ الشَّبَابِ، مَنِ اسْتَطَاعَ مِنْكُمُ الْبَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ، فَإِنَّهُ أَغَضُّ لِلْبَصَرِ، وَأَحْصَنُ لِلْفَرْجِ، وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَعَلَيْهِ بِالصَّوْمِ؛ فَإِنَّهُ لَهُ وِجَاءٌ**".[2]

– أن تكون الفتاة الصغيرة مثلا قد أسلمت وليس لها أهل من المسلمين فتتزوج من المسلم الكفء ليحفظها في دينها، ويقوم على شؤونها.

– أن يكون الرجل المتقدم لخطبة الصغيرة على قدر كبير من الصفات المتميزة والمرغوب فيها كالعلم والدين والنسب، والمال بحيث يندر أن يتقدم مثله في المستقبل، فهنا من مصلحة الصغيرة أن تتزوج بهذا الخاطب، وأن لا تفوت عليها الفرصة[3].

---

[1] لبنى لمين، زواج القصربين المفهوم القانوني والمصلحة المعتبرة شرعا دراسة على ضوء تعديل قانون الأسرة والتطبيق القضائي له، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 05، العدد 02، 2020، ص 519.

[2] أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، المرجع السابق، ص 1293.

[3] رزيق بخوش، ضوابط تزويج الصغار في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 9، 2016، ص364.

وما يمكن قوله هنا، أن المشرع أحسن باشتراطه معيار المصلحة لمنح الترخيص وهذا لحماية هذه الفئة من التعسف، فالمصلحة هي المبررات الكامنة وراء هذا الزواج والمنفعة المرجوة منه، إلا أن المشرع الجزائري لم يضبط هذا المعيار.

وكما أنه لم يوضحه ولو بمثال، فتركه على إطلاقه للسلطة التقديرية للقاضي، فتقدير المنفعة يختلف من قاضي لآخر، وكما أن هناك بعض من الفقهاء يقولون بأن المشرع الجزائري، قد أحسن في عدم تحديده لهذه المعايير، حيث أن الزمان في تغير مستمر، فالذي يكون اليوم مصلحة للقاصر، وقد يختلف في وقت لاحق.

وعليه، فالقاضي إذا تبين له عدم وجود مصلحة يرفض منح الترخيص، وأيضا تجدر الإشارة إلى أن موافقة الولي مهمة، فإذا توافقت رغبة الولي مع رغبة القاصر فلا إشكال فيه، ولكن إذا تضاربت رغبة الولي مع رغبة القاصر فالأمر يعود هنا للقاضي هو الذي يفصل في هذا الأمر طبقا لنص المادة 90 من قانون الأسرة الجزائري، فالقاضي هو الذي يتولى مصالح القصر.

الفرع الثالث:

سلطة القاضي في تقدير الضرورة

إن دراستنا لمعيار المصلحة لابد من التطرق إلى معيار الضرورة، فهما مترابطان ومتكاملان، فالضرورة هي المعيار الثاني لمنح الترخيص لزواج القاصر، فيجب أن تتوفر حالة خطيرة وعاجلة لا تحتمل التأجيل أدت إلى تقديم طلب للقاضي المختص لإستصدار ترخيص بزواج القاصر.

لقد أثارت المادة السابعة إشكالا كبيرا حولها ومسألة الضرورة تحدد من طرف القاضي لإختلاف الناس في النظر إليها، وعلى هذا فللقاضي السلطة الكاملة في تقدير ذلك لأنه من أولى المختصين في مثل هذه القضايا.[1]

فالمعيار الذي يعتمده القاضي لتحديد الضرورة هو أن تكون قائمة أو محتملة الوقوع، كأن يكون زواج القاصر حماية لها من ضرر قد يلحق بها خشية عليها من الإنحراف، وكذلك يعتمد القاضي في منحه هذا الترخيص على معيار وجود عذر يبيح الزواج، وهذا للتأكد بأنه يوجد هناك سبب جدي لمنح الترخيص[2]

وما تجدر الإشارة إليه، أن القانون الجنائي قدم لنا أمثلة عن حالة الضرورة، وهي: حالة الإعتداء والخطف، ولقد نصت الفقرة 1 من المادة 326 من قانون العقوبات الجزائري على أنه: "كل من خطف أو أبعد قاصرا لم يكمل الثامنة عشرة، وذلك بغير عنف أو تهديد أو تحايل أو شرع في ذلك فيعاقب بالحبس لمدة من سنة إلى خمس سنوات والغرامة من 20.000 إلى 100.000 دينار.

وإذا تزوجت القاصرة المخطوفة أو المبعدة من خاطفها فلا تتخذ إجراءات المتابعة الجزائية ضد الأخير إلا بناء على شكوى الأشخاص الذين لهم صفة في طلب إبطال الزواج ولا يجوز الحكم عليه إلا بعد القضاء بإبطاله."[3]

ولقد قدم التشريع الجنائي من خلال نص المادة 326 من قانون العقوبات الجزائري المذكورة سابقا، مثالا لحالة الضرورة في الزواج، لهذا فإن خطف القاصر في نظر المشرع

[1] عيسى حداد، المرجع السابق، ص 107.

[2] عشير جيلالي وقاشي علال المرجع السابق، ص 34.

[3] المادة 326 من قانون رقم 06/02 المؤرخ في 14 رمضان عام 1437 الموافق 19 يونيو سنة 2016 ليتمم الأمر رقم 66/156 في 18 صفر عام 1386 ، الموافق 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات ،الجريدة الرسمية العدد 37، المؤرخة في 2016.

الجزائري يؤدي إلى هتك العرض، الأمر الذي يستدعي المتابعة الجزائية للخاطف غير أن المشرع نفى عنه العقوبة متى تزوج بمخطوفته.[1]

فالضرورة في تزويج القاصرة من خاطفها أو مبعدها هي دفع ضرر الفضيحة التي ستلحقها، لأن إنتشار هذه الفضيحة سيسبب ضررا كبيرا لسمعتها، وقد يتعذر عليها الزواج مستقبلا، فيكون هذا الزواج تصحيحا للخطأ وتعويضا عن الضرر الحاصل و دفعها لضرر المتوقع مستقبلا، ولكن تحقق هذه المصالح لابد من توفر الرضا للطرفين، وأن يكون غرض الزواج هو تكوين أسرة مستقرة، وليس الإعفاء من العقوبة، أو التخلص من الفضيحة.[2]

وهذه الأمثلة المذكورة هي أمور إجتهادية، فللقاضي سلطة تقديرية واسعة فهو الذي يقرر توافر المصلحة من عدمها وفقا لنظرته العملية، وخاصة أن المشرع الجزائري لم يحدد عناصر المصلحة والضرورة بدقة أو يقدم مثالا عليها.

ويمكن أن تلجأ القاصرات في المساهمة في إرتكاب جريمة الخطف برضاهن، وذلك من أجل تحقيق الزواج الغير مرغوب فيه، وإرغام الأهل على هذا الزواج، وأما في حالة إرتكاب الفعل بالقوة، فأي القوانين التي يعتمدها القاضي للفصل في هذه الوقائع، وهذا الذي يوقعنا في إشكال تحديد طبيعة الضرورة، والتي يمكن بمقتضاها المساهمة في تحقيق أهداف الزواج، فهذه الثغرة في قانون الأسرة حيث أنه لم ينص على حلول صحيحة لمعالجة هذه الوقائع التي تتعارض مع أخلاق الشريعة الإسلامية.

[1] فاسي عبد الله، المرجع السابق، ص 102.

[2] رزيق بخوش المرجع السابق، ص 365..

وكما يؤخذ على المشرع الجزائري أنه لم يتخذ التدابير الوقائية في مثل هذه القضايا حتى يمنع إنتشار هذه الأفعال في المجتمع، ولا يكون طريقا سهلا للحصول على الزواج الذي ترفضه الأسرة، والفتاة نفسها.[1]

وما يمكن إستنتاجه، أن الضرورة حالة طارئة لا تحتمل الإنتظار، ولقد قدم المشرع الجنائي أمثلة عنها، وهي حالة الخطف والاعتداء، وأدرج أيضا شرط الإعفاء من العقوبة الجزائية إذا تزوج الخاطف من مخطوفته.

وهذا ما يؤخذ على المشرع الجزائري، إذ تعتبر هذه النقطة قصورا تشريعيا حيث أنها تسهل على الشخص التحايل على القانون من خلال هذه الثغرات، إذ أنه من التناقض زواج الفتاة من مغتصبها أو خاطفها غصبا، ودون رضاها حتى لو أبدت هذه الفتاة رضاها، وقبولها إلا أنه يبقى معيب بنسبة من الإكراه المعنوي، وأيضا هذا الإعتداء أو الخطف قد يكون طريقا لتنفيذ الزواج غير المرغوب فيه من طرف العائلة والفتاة نفسها، وأيضا هذا الزواج يكون طريقة سهلة للتهرب من العقوبة الجزائية فقط، وهذا يتعارض مع أهداف الزواج لهذا على المشرع إتخاذ التدابير الوقائية وتعديل النصوص بحيث لا يترك هذه الثغرات.

الفرع الرابع:

سلطة القاضي في تقدير قدرة الطرفين

إن الحديث عن المصلحة والضرورة لمنح الترخيص لزواج القاصر لوحدهما غير كافي، إذ لابد من توفر قدرة الطرفين على هذا الزواج، فالقاضي ليمنح هذا الترخيص لابد له من التأكد من قدرة الطرفين على القيام وتحمل أعباء هذا الزواج، فعند تقديره لهذا المعيار هل يراعي في ذلك القدرة الجسدية أم المادية أم المعنوية.

[1] عيسى حداد، المرجع السابق، ص109.

لقد أضافت المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري المعدل شرطا جوهريا، لو يتضمنه قانون الأسرة 84/11، والمتمثل في قدرة الطرفين على الزواج، وبهذا الشرط يكون على القاضي اللجوء إلى أهل الخبرة من أجل تقدير قدرة الطرفين على الزواج.[1]

وليتثبت القاضي من بلوغ القاصر وقدرته على الزواج يأمر بعرض المعني بالأمر على طبيب مختص، فشهادة الطبيب هي أهم وسيلة يعتمد عليها القاضي لمنح الإذن بالزواج، لهذا فإن جميع الطلبات التي حظيت بقبول القاضي، في هذا الصدد تتضمن شهادة طبية من طبيب مختص، ويعتمد القاضي أيضا على البحث الإجتماعي في إطار سلطته التقديرية الواسعة التي يتمتع بها القاضي في هذا المجال.

وعليه، فالقاضي يستعين بالخبرة الطبية والبحث الإجتماعي، وأيضا قد يمنح هذا الترخيص بعد الإستماع لأبوي القاصر، أو نائبه الشرعي، وهذا لأنه على القاضي ربط الإذن بوقائع قابلة للإثبات القضائي، فالترخيص الذي يمنحه القاضي هو من الأعمال الولائية للقاضي، ولا يقبل الطعن بأي وجه من الوجوه.[2]

وللقاضي السلطة التقديرية الواسعة في تقدير الإثباتات المقدمة أمامه، فالقدرة تعني مدى توفر الإمكانيات المادية والفيزيولوجية والنفسية للقاصر على تحمل كل الأعباء والمسؤوليات الزوجية.[3]

وما نستنتجه أن قدرة الطرفين على الزواج التي أضافها المشرع الجزائري بموجب الأمر 05/02 المعدل لقانون الأسرة الجزائري، فقد جعلت القاضي يستعين بأهل الخبرة لتأكيد قناعاته، فالقدرة الجسدية تكون للفتاة فلابد أن تكون ذات بنية جسدية قادرة أو تمكنها من تحمل الأعباء

[1] حفيظة فضلة، السلطة التقديرية للقاضي في مسائل الزواج وانحلاله، المرجع السابق، ص 114.

[2] أحمد شامي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، تلمسان، الجزائر،2013، 2014، ص 50

[3] أسمهان عفيف، المرجع السابق، ص 261.

الزوجية، وأيضا القدرة المالية بالنسبة للذكر بإعتباره هو الذي يتولى مهمة الإنفاق على الزوجة والأولاد، ودفع الصداق عند إبرامه لعقد زواجه.

وكذلك لابد على القاصر أن يكون ذا قدرة عقلية ونفسية جيدة، فالعقل هو مناط التكليف، إذ لابد على المعني بالترخيص أن يكون على قدر من الوعي والإدراك لحقيقة الزواج، وأن الطرف المعني بالأمر سليم من الإختلالات العقلية لأن هذا فيه ظلم وتعسف في حق الطرف المقابل في عقد الزواج.

المبحث الثاني:

آثـــار منح الترخيص بزواج القـاصر وجـزاء مخـالفته

عند صدور الترخيص بزواج القاصر وإبرام عقد الزواج يكتسب الزوجان أهلية التقاضي كاملة أي أنهما أصبحا راشدين فيما يخص آثار عقد الزواج، وهو الثابت بنص المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري، فيحق لهما إبرام جميع التصرفات القانونية المتعلقة بآثار عقد الزواج، فتعتبر جميع تصرفاتهم القانونية في هذا الشأن صحيحة بنص المادة سالفة الذكر، وبما أن القاصرة المعنية بالترخيص تم ترشيدها فيحق لها التصرف في الصداق والنفقة.

إلا أنه قد تحدث مخالفات تخص قاعدة الترخيص بالزواج دون السن القانوني، حيث يتم تزويج القاصر من طرف وليها أو بنفسها دون الحصول على إذن مسبق بالزواج عن طريق الزواج العرفي أو العمد إلى إخفاء الأهلية، لهذا يجب توقيع جزاءات على كل مخالف لنص المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري.

ولنتعرض آثار منح الترخيص بزواج القاصر وجزاء مخالفة قاعدة الترخيص بزواج القاصر في مطلبين متتاليين.

المطلب الأول:

آثـــار منح الترخيص بزواج القــاصر

لقد منح المشرع الجزائري للقاصر مكنة قانونية تتمثل في الترخيص بالزواج دون السن القانونية إذا تبين للقاضي المختص قانونا مصلحة أو ضرورة لذلك مع توفر قدرة الطرفان على تحمل أعباء الزواج، وهذا الترخيص يخضع لأحكام وشروط ميزته عن بقية التراخيص الممنوحة لمن دون سن الأهلية فقد تم عرض قواعد وإجراءات منح هذا الترخيص وتحديد الطبيعة القانونية له، إذ يعتبر قاعدة آمرة مضبوطة بقواعد متفق عليها.

وهذا الترخيص يمكن القاصر من اكتساب الحقوق والواجبات المرتبطة بعقد الزواج ويكسبه آثار قانونية من اكتساب أهلية التقاضي، الترشيد للزواج، واكتساب القاصر حق التصرف في الصداق والنفقة.

ولنتعرض آثار منح الترخيص بزواج القاصر في ثلاثة فروع متتالية.

الفرع الأول:

اكتســاب أهلية التقاضي

إن التقاضي حق للفرد يثبته له القانون، فإذا وقع اعتداء تحرك للدفاع عن نفسه من خلال رفع دعوى قضائية، ولكن هذه الأخيرة تحتاج لأهلية كاملة لمباشرتها أي بلوغ سن الرشد المدني 19 سنة، لكن المشرع الجزائري قد أورد على هذه القاعدة استثناء في قانون الأسرة الجزائري، و هو اكتساب الزوج القاصر أهلية التقاضي.

حسب ما جاء في الفقرة 2 من المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات،[1] أي أن المشرع

[1] المادة 07 فقرة 02 قانون الأسرة 05/02

الجزائري قد منح القاضي المؤهل له صلاحية ذلك دور هام في تقدير المصلحة والضرورة في منح الإذن بالزواج دون السن القانونية التي تكسب صاحبها أهلية التقاضي.

فتعتبر الأهلية أمر مهم في مسألة الزواج حسب ما نصت عليه المادة 40 من القانون المدني الجزائري، فهي شرط لمباشرة الدعوى وللقاضي السلطة التقديرية في تقريرها أو إنعدامها، فضمن التعديل الأخير لقواعد قانون الإجراءات المدنية والإدارية عرفت الأهلية بنوعين.

أولا: أهلية الإختصام:

يقصد بها أهلية الوجوب في المجال الإجرائي، أي أن يكون للشخص صلاحية لإكتساب الحقوق وتحمل الإلتزامات، وبمعنى آخر إكتساب الزوج القاصر مركز قانوني يكون فيه أهل لمباشرة إجراءات الخصومة.[1]

ثانيا: أهلية التقاضي:

أهلية التقاضي هي تعبير عن أهلية الأداء في المجال الإجرائي أي هي مكنة، فالقاعدة العامة المحددة بنص المادة 40 من القانون المدني الجزائري، فيكون الشخص أهلا لمباشرة حقوقه وتحمل إلتزاماته ببلوغ 19 سنة، أي تثبت أهلية التقاضي للراشد فقط، وبإستقراء نص المادة 07 فقرة 02 من القانون الأسرة الجزائري، نجد أن المشرع الجزائري قد منح للزوج القاصر هذه الأهلية دون بلوغه سن الرشد لكن حصرها في آثار الزواج فقط.[2]

فبالرجوع لنص المادة 459 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري قبل الإلغاء، إعتبرت كلا من الصفة، المصلحة والأهلية شروط لرفع الدعوى إذا تخلف شرط من الشروط رتب عليها المشرع الجزائري عدم قبول الدعوى شكلا وموضوعا، وكذلك نص المادة 64 من

[1] محمد أمقران بوبشير، قانون الإجراءات المدنية، نظرية الدعوى، نظرية الخصومة الإجراءات الاستثنائية، ط 4 ، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2008، ص 74 .

[2] محمد أمقران بوبشير، المرجع نفسه، ص ص 76، 77.

قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري أنه حالات بطلان العقود غير القضائية والإجراءات من حيث موضوعها محددة على سبيل الحصر.

وحالة إنعدام أهلية الخصوم،[1] التي قضت ببطلان الدعوى في حالة انعدام أهلية الخصوم، إلا أن المشرع الجزائري إكتفى بالمصلحة والضرورة فقط كشرط لرفع الدعوى، فقد إستبعد الأهلية وجعلها مرتبطة بالعمل الإجرائي فقط، فصاحب الحق الموضوعي بنشأ له الحق في الحماية القضائية بغض النظر عن أهليته،[2]وبالرجوع لنص المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري يتضح لنا أن:

– المشرع الجزائري منح للزوج القاصر أهلية التقاضي لكن في حدود ضيفة فقط تتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات، لكن يكتسب هذه الأهلية صراحة بعد التحصل على إذن قاضي شؤون الأسرة بالزواج.[3]

– أكسب المشرع الجزائري الزوج القاصر أهلية التقاضي، أي أنه قد ساوى بين الزوج والزوجة بعبارة القاصر مشتملا في ذلك ناقص الأهلية وفاقدها كالصبي غير المميز.

– إن المشرع الجزائي قد ساوى بين القاصر فيما يتعلق بآثار عقد الزواج فقط المحصورة بنص المادتين 36 و 37 من قانون الأسرة الجزائري.[4]

---

[1] القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

[2] عبد الله فاسي، المرجع السابق، ص 122.

[3] أحمد شامي، المرجع السابق، ص 67.

[4] تنص المادة 36 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "يجب على الزوجين:

1 – المحافظة على الروابط الزوجية وواجبات الحياة المشتركة،

2 – المعاشرة بالمعروف وتبادل الإحترام و المودة والرحمة

3 – التعاون على مصلحة الأسرة و رعاية الأولاد و حسن تربيتهم،

4 – التشاور وتسيير شؤون الأسرة وتباعد الولادات،

5 – حسن معاملة كل واحد منهما لأبوي الأخر وأقاربه وإحترامهم و زيارتهم

6 – المحافظة على روابط القرابة والتعامل مع الوالدين الأقربين بالحسنى والمعروف،

7– زيارة كل منهما لأبويه وإستضافته بالمعروف ".

وكما تنص المادة 37 من ذات قانون على أثار عقد الزواج والتي جاء في نصها : " لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر، غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو عقد رسمي لاحق، حول الأموال المشتركة بينهما، التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية و تحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منها....."

فبالنسبة للطلاق هو أمر مستقل عن آثار عقد الزواج، فكان على المشرع الجزائري أن يحدد آثار عقد الزواج التي يكتسب فيها القاصر أهلية التقاضي منحه أهلية حل الرابطة الزوجية، وهذا للحفاظ على الكيان الأسري من التفكك، وضمان إستمرار الحياة الزوجية بموجب هذا العقد، ويبقى السؤال المطروح من يتولى رفع دعوى الطلاق في حالة الزوج القاصر.

وفي نفس السياق يرى الأستاذ يوسف دلاندة أنه " لماذا لم يعط القانون نفس الحق للزوجة القاصرة مادام الأمر يقتصر على الآثار المترتبة على عقد الزواج؟".

والأمر يطرح إشكالا عمليا على مستوى القضاء فحين يرفع الزوج القاصر المتمتع بأهلية التقاضي بنص المادة 07 فقرة 2 من قانون الأسرة الجزائري دعوى ضد زوجته القاصرة بخصوص آثار عقد الزواج، ويكون التساؤل حول من يتولى مباشرة إجراءات الدعوى، وأيضا حول الشخص الذي يحضر المرافعة بصفتها زوجة قاصرة أم ينوب عليها وليها.[1]

وبالإضافة إلى ذلك، وبالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية تطرق المشرع الجزائري إلى أهلية التقاضي من خلال نص المادة 424 منه، والتي تنص على أنه : " يتكفل قاضي شؤون الأسرة بالسهر على حماية مصالح القصر".

فتعتبر أهلية التقاضي خاصية معترف بها قانونا للشخص الطبيعي أو المعنوي تخول له سلطة التصرف أمام القضاء، إلا أن المشرع الجزائري مكن الأزواج القصر من هذه الأهلية بأحكام خاصة،[2] فطبقا للمادة 437 من نفس القانون، والتي جاء في نصها ما يلي:" عندما يكون الزوج ناقص الأهلية يقدم الطلب باسمه من قبل وليه أو مقدمه، حسب الحالة."، لا يمكن مباشرة إجراءات الطلاق بالتراضي للزوج أو الزوجة القاصرة دون إنابة، الولي والإشكال الذي

[1] يوسف دلاندة، دليل المتقاضي في قضايا شؤون الأسرة، دار ،هومة، الجزائر، سنة 2007، ص 15

[2] سميرة قلعي، أهلية التقاضي لدى الأزواج القصر، دراسة تحليلية كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2 محمد بن أحمد، 2015، ص ص 109، 110.

يطرح هنا، هل يمكن لولي الزوجة القاصرة حضور جلسات الصلح، والتي تتم قانونا إلا بين الزوجين فقط.

وما يفهم مما تقدم عرضه أن المشرع الجزائري وضع مبدأ إكتساب الزوج القاصر آثار عقد الزواج لكنه أغفل الجوانب المالية الخاصة بالعقد.[1]

الفرع الثاني:

التـرشيد للـزواج

إن الزواج حق لكل شخص طبيعي إعتبره القانون من التصرفات الدائرة بين النفع لكونه فطرة بشرية جبل الناس عليها، ولهذا فإن الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية وضحت أحكاما لتنظيمه، ومن بين هذه الأحكام نذكر أهلية الزواج المحددة بـ 19 سنة، ولكن هذه القاعدة أورد عليها المشرع إستثناء بموجب الفقرة 2 من المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري، وهو تمكين القاصر بالزواج دون بلوغ سن الرشد القانوني.[2]

وبموجب إذن القاضي بالزواج دون السن القانونية، فقد منح المشرع حماية للقاصر من خلال تمكينه من إكتساب أهلية التقاضي، وفيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق وإلتزامات.

وما يمكن استنتاجه، أن المشرع الجزائري منح للقاصر مكنة قانونية تتمثل في ترشيده لعقد الزواج، أي يكون القاصر أهل لتحمل أعباء الزواج المادية والجسدية والمعنوية، وكذلك هذه الأهلية تثبت للقاصر حقوق وإلتزامات المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري سالفة الذكر، فعند تقدير القاضي لمعايير الترخيص من مصلحة وضرورة وقدرة، إذا تبين له أن هذا الترخيص يحمي القاصر فإنه يمنحه، فهذا الترخيص يكون حجة للزوجين إذا واجها تعارض لإبرام عقد الزواج من ولي أو ضابط الحالة المدنية.

[1] سميرة قلعي، المرجع نفسه، ص 114.

[2] عبد الله فاسي، المرجع السابق، ص 133.

الفرع الثالث:

حق القـاصر في التصرف في الصداق والنفقة

إن المشرع الجزائري أجازت تزويج القاصر بنص المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري مراعيا في ذلك المصلحة والضرورة وقدرة الطرفين، فبعد تأكد القاضي من توافر معايير منح الترخيص بالزواج دون بلوغ سن الرشد، يمكن الزوجين من الزواج، هذا الأخير يرتب في ذمة القاصر حقوق والتزامات محصورة في آثار عقد الزواج فقط، ولكن المشرع الجزائري لم يعين هذه الآثار تفهم ضمنيا من اجتهادات رجال القانون.

أولا : حق القاصر في التصرف في الصداق:

التصرف هو ما يصدر عن الشخص المميز بإرادته قولا وفعلا تترتب في ذلك عليه نتيجة فهو يشمل الإلتزام بعقد، وقد يكون التصرف بإنشاء حق أو إسقاطه ولحماية القاصر في عقد الزواج أحاط المشرع تصرفاتهم بضوابط قانونية تحكمهم، لأن عقد الزواج عقد دائر بين النفع و الضرر.

فالمشرع الجزائري منح للقاصر في عقد الزواج أهلية التقاضي تتفرع منها آثار الزواج الأخرى، المتمثلة في حق القاصر في التصرف في الصداق للزوجة،[1]فقد نصت المادة 14 من قانون الأسرة الجزائري، أن الصداق هو ما يدفعه نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل مباح شرعا، وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء.[2]

وما يفهم من نص المادة المذكورة أعلاه، أن المشرع الجزائري منح للزوجة حق الصداق من حيث قيمته مثل مثيلاتها، ومن حيث قبضه والتصرف فيه، هنا قد ساوى المشرع ضمنيا بين الزوجة الراشدة والقاصرة وترك أمور الصداق تبقى للسلطة التقديرية للقاضي.

---

[1] عبد الله فاسي، المرجع نفسه، ص ص 130، 131.

[2] المادة 14 من القانون قانون الأسرة الجزائري.

وبالرجوع إلى نص المادة 09 مكرر من قانون الأسرة الجزائري، الزوج ملزم بدفع الصداق حال العقد أو بعد الدخول، فمصطلح الزوج يعني به المشرع الرائد والقاصر المرخص له بالزواج لأن هذا الترخيص يثبت في ذمته التزام بدفع الصداق، ويبقى الإشكال مطروح هل الزوج القاصر حر في دفع الصداق أم يخضع لولاية وليه المالية.

لأن الزوج القاصر غير مؤهل لهذا الصنف من التصرفات المالية، فهذا النمط من التصرفات، وحسب القاعدة العامة يتم بإجازة وليه ولا يجوز له أن يزيد في الصداق المحدد من طرف وليه في مجلس العقد.[1]

وبالنسبة للزوجة القاصرة تعامل معاملة الزوج القاصر لأنها لا تتمتع بأهلية الولاية على المال، ولكن نص المادة 14 من قانون الأسرة الجزائري على أنه ملك لها تتصرف فيه كما تشاء، إن هذا النص لا يشير إلى أهلية قبض الصداق، فإن الزوجة القاصرة بمجرد اكتسابها أهلية التقاضي تصبح لها الحرية في التصرف بكافة أنواع التصرفات.

ثانيا: التصرف في النفقة:

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى تعريف النفقة في قانون الأسرة الجزائري، فقد تطرق فقهاء القانون إلى تعريفها، فقد عرفها الأستاذ بلحاج العربي" بأنها ما يصرفه الزوج على زوجته وأولاده و أقاربه من طعام و كسوة ومسكن وكل ما يلزم للمعيشة بحسب المتعارف بين الناس و حسب وسع الزوج".[2]

[1] عبد الله فاسي، المرجع السابق، ص ص 134، 135

[2] العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 169 .

وكذلك تعني إخراج الشخص مؤونة من تجب عليه نفقته من خيز وكسوة ومسكن، وهذا ما ورد في المواد من 74 إلى 80 من قانون أسرة جزائري، وما يتبع ذلك من العرف والعادة،[1] لقوله تعالى:

"لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ ۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ ۚ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا ۚ سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا".[2]

وتعد النفقة من النتائج القانونية التي تترتب على العقد بمجرد إنعقاده، وهي من أهم الآثار المالية المترتبة على عقد الزواج الصحيح المستوفي لكل جميع شروطه وأركانه من نص المادة 09 من قانون الأسرة الجزائري.[3]

وبالرجوع لنص المادة 07 فقرة 02 من ذات القانون، فقد مكن المشرع الجزائري القاصر من أهلية التقاضي، فلا يمكن إكتساب الزوج هذه الأهلية دون إستفادته من الآثار المالية لعقد الزواج، فقد عامل الزوجة القاصرة نفس معاملة الزوجة الراشدة، وقد منحها حق النفقة، وهو ماجاء في المادة 74 من نفس القانون،[4] وبصرف النظر عن صغر سنها طالما يكون شرطي الزوجية والدخول قد توفرا. [5]

إذن، يعتبر الترخيص بالزواج للقاصر إذن للتصرف في كل مال متعلق بالزواج كالصداق والنفقة، ليكون بذلك المشرع الجزائري رشد القاصر ومنحه أهلية خاصة تتعلق بآثار عقد الزواج فقط دون سائر العقود الأخرى.

---

[1] مبروك بن زيوش، نفقة المطلقة والأولاد في ظل القانون رقم 15/01 المتضمن إنشاء الصندوق الخاص بها، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، سطيف، كلية الحقوق والعلوم السياسية، العدد 5، 2005 ، ص 207.

[2] سورة الطلاق، الآية 06.

[3] مبروك بن زيوش، المرجع السابق، ص 207.

[4] نصت المادة 74 من قانون الأسرة الجزائري على أنه : " تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون".

[5] عبد الله فاسي، المرجع السابق، ص 149.

المطلب الثاني:

جزاء مخالفة قاعدة الترخيص بزواج القاصر

بموجب الأمر 05/02 المذكور آنفا، فقد نظم المشرع الجزائري قضايا الأسرة لصيانة الروابط العائلية كون أن الأسرة هي اللبنة الأساسية للمجتمع، فقد توجه المشرع الجزائري من خلال إستحداث هذا القانون إلى المساواة بين الرجل والمرأة في السن القانونية للزواج من خلال نص المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري، بجعلها 19 سنة كاملة لكلا الطرفين إستجابة لمطالب الجمعيات النسائية، غير منح للقاصر الذي لم يبلغ السن القانونية أهلية التقاضي فيما يخص آثار عقد الزواج، فتعتبر هذه القاعدة قاعدة آمرة كونها تتعلق بالأهلية، فلا يمكن الاتفاق على مخالفتها فالقاصر إذا لم يحصل على ترخيص قام بأساليب احتيالية كالزواج العرفي وإخفاء الأهلية، كما رتب المشرع الجزائري على هذه الأساليب جزاء، ولنتعرض جزاء مخالفة قاعدة الترخيص بزواج القاصر في فرعين متتاليين.

الفرع الأول:

أساليب مخالفة قاعدة الترخيص بزواج القصر

رغم منح المشرع الجزائري مكنة لحماية القاصر تتمثل في إستصدار إذن بالزواج دون بلوغ سن الرشد إذا ثبت للقاضي وجود مصلحة أو ضرورة من هذا الزواج، فهذه المكنة القانونية تجعل القاصر متمتعا بآثار عقد الزواج، إلا أنها قاعدة آمرة تخضع لأساليب المخالفة، فقد يتم عادة اللجوء إلى هذه الطرق من طرف الأولياء نظرا لأن المجتمع الجزائري مجتمع محافظ، وكما قد تلجأ القاصرة في حد ذاتها إلى إتخاذ أساليب مغايرة لقاعدة الترخيص بالزواج دون بلوغ سن الرشد، لذا سيتم التطرق في هذا الفرع إلى أساليب مخالفة قاعدة الترخيص.

أولا: الزواج العرفي:

الزواج العرفي هو نوع من أنواع الزواج يتم بطريقة معينة مستعملة في البوادي والأرياف بحضور جماعة من أهل الزوجين تحت رعاية إمام مسجد أو رجل دين، حيث إعتاد الناس على إتباع هذه الطريقة التي يرونها أسهل من الزواج الصحيح، فقد عرف رجال القانون الزواج العرفي على غير موثق يتم بإيجاب وقبول بين الزوج والزوجة بحضور شهود وذكر الصداق ويرتب أثاره، لكن دون تسجيله في عقد رسمي.[1]

فيعد هذا الزواج من بين أساليب مخالفة قاعدة الترخيص بزواج القاصر، فهو عقد غير رسمي رغم صحته شرعا لأنه تنتفي فيه الرسمية في العقود، فقد أصبح هذا النوع من الزواج شائع في الجزائر،[2] فبموجب تعديل 2005 إستحدث المشرع قاعدة قانونية جديدة مفادها تحديد السن القانونية ب 19 سنة مع إمكانية منح الترخيص بالزواج دون السن القانونية لمن أراد ذلك وتوفرت فيه معايير منح الترخيص.

وكل هذه القيود القانونية تدفع الأشخاص وخاصة القصر إلى الهروب من الزواج الرسمي، وإختيار الطريق السهل للزواج العرفي في سهولة إجراءاته وسهولة الخلاص منه.[3]

وكذلك قد يخالف أولياء القاصر قاعدة الترخيص بالزواج لتحقيق مصلحة أو ضرورة كستر العار مثلا في حالة المغتصبة، ولكن في ظل وجود إمكانية تثبت هذا الزواج بعقد لاحق حسب ما جاء في نص المادة 22 من قانون الأسرة الجزائري، فيثبت الزواج بمستخرج من سجل

[1] فارس محمد عمران، الزواج العرفي وصور أخرى للزواج غير الرسمي، ط 1 مجموعة النيل العربية، 2001، ص 20.

[2] عبد الله فاسي، المرجع السابق، ص 111.

[3] فتيحة زعنون، الزواج بالفاتحة وعلاقته بالزواج الرسمي، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد 2، العدد2، جامعة وهران، 2012، ص 09.

الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي. يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة.[1]

وبإستقراء المادة 22 المذكورة أعلاه، يتضح وجود تعارض مع قاعدة الترخيص بزواج القاصر، فأجازت تثبيت عقد الزواج العرفي أو زواج الفاتحة عند عامة المجتمع الجزائري بناء على حكم قضائي، وهذا الأمر لا يتماشى مع الأحكام والإجراءات المتبعة لحماية القاصر، فهذا الأخير لا يكتسب أهلية التقاضي إلا بعد الحصول على إذن قضائي يمكنهما من الزواج بشكل رسمي، الزواج العرفي ينتج عنه الطلاق قبل البلوغ عادة.[2]

ثانيا: إخفاء الأهلية:

قمنا بالتفصيل في مسألة الأهلية سابقا، فقد تم تعريفها بأنها صلاحية الإنسان تثبت له حقوق من قبل الغير، وتثبت عليه التزامات نحوهم، فقد حدد المشرع سن 19 سنة لإعتبار الإنسان راشدا في القانون المدني وقانون الأسرة الجزائري، ولكنه قد يرد على هذه القاعدة إستثناء للتخلص من أعباء إستصدار الإذن هو إخفاء سن أهلية عند إبرام عقد الزواج، فقد يدعي القاصر أو القاصرة سن الرشد القانوني بالتواطؤ مع الموثق أو الكاتب العمومي.

وتتم هذه المخالفة وفق طريقتين اثنتين، فتتمثل الطريقة الأولى في إدعاء القاصرة بلوغ سن الرشد القانوني 19 سنة بحكم بنيتها الجسدية التي تكون مطابقة لإدعائها، وهذا بإستعمال شهادة ميلاد مزورة، فإذا تمكن الولي من إثبات التزوير في المحررات الرسمية جاز له طلب إبطال عقد الزواج لأن القاصرة أو القاصر تحت ولايته، والأصل هو من يتولى تزويجهم، وهذا الأمر قد لا يكون في صالح القاصر لأنها قد تتعرض لعقوبات.

[1] المادة 22 من قانون الأسرة الجزائري.

[2] عبد الكريم بوجاني، المرجع السابق، ص 56.

وأما الطريقة الثانية، فتتمثل في صلاحية الموثق أو الموظف المؤهل في تحرير عقد الزواج بتواطؤ مع القاصر، وينزل عند رغبته بتزويجه دون بلوغ سن الرشد القانوني، وهذا ما قد يعرض كليهما لعقوبات إدارية وجزائية[1].

ومن خلال عرض أساليب مخالفة قاعدة الترخيص بزواج القاصر، يتضح لنا أن المشرع الجزائري بوضعه لنص المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري سعى لحماية القاصر، ولكن هذا الأخير قد يقوم بمخالفة هذه القاعدة باللجوء إلى الزواج العرفي" زواج الفاتحة"، الذي لا يرتب أي جزاء قانوني، فقد منحه المشرع الجزائري خاصية تسجيله بعقد لاحق عند بلوغ سن الرشد القانوني 19 سنة حسب ما جاء في نص المادة 22 من ذات القانون، فقد يرى الأولياء أو الطرفين أن الزواج العرفي هو الحل الأنسب للتخلص من إجراءات إستصدار الإذن بالزواج، وكما يوجد أسلوب آخر لمخالفة قاعدة الترخيص بالزواج هو إخفاء أهلية الزواج بجملة من الوسائل، فهذه في حدها جريمة تم النص عليها في قانون العقوبات لأن هذا الإخفاء يعتبر تزوير.

إذن، يجب على المشرع الجزائري ضرورة تعديل نص المادة 07 مع مراعاة أساليب المخالفة وضبط أحكام الترخيص بالزواج ضبطا محكما لا يدعو للمخالفة.

الفرع الثاني:

الجزاء المترتب على مخالفة قاعدة الترخيص بزواج القاصر

إن المشرع الجزائري يسعى دائما إلى حماية القاصر من خلال منحه إمكانية الزواج قبل سن أهلية إذا تبين له مصلحة أو ضرورة من هذا العقد، وهذه المسألة تبقى سلطة تقديرية للقاضي إذا توافر المعايير السابقة الذكر، فإنه يقوم بمنح ترخيص بالزواج، لكن إذا تعذر

[1] عبد الله فاسي، المرجع السابق، ص 114 .

استصدار ترخيص، قد يلجأ إلى إتباع أساليب مغايرة لقاعدة الإذن بالزواج، ولكن هذه الأساليب ترتب جزاءات بين بطلان عقد الزواج أو العقوبة الجزائية.

أولا بطلان عقد الزواج:

بصدور القانون 84/11 المعدل والمتمم بالأمر 05/02 ، لم يحدد المشرع الجزائري جزاء مخالفة الإذن القضائي، فباستقراء القوانين سابقة الذكر فإننا نجد أن قانون 1930 لم يحدد جزاء مخالفة قاعدة الترخيص وكذا القانون رقم 274/59[1].

أما بعد الاستقلال، صدر أول تشريع ساري في ظل السيادة الوطنية، وهو القانون رقم 224/63 الذي تضمن جزاء مخالفة قواعد الترخيص بزواج القاصر في مادته 3، والتي جاء فيها أنه يبطل كل زواج لم يحصل فيه دخول تم عقده على خلاف ما تقتضي به المادة الأولى، ولكن هذا القانون فرق بين الدخول من عدمه، فقبل الدخول الأمر واضح يبطل عقد الزواج بطلانا مطلقا، ولكن إذا تم الدخول يصبح بطلان العقد بطلانا نسبيا.[2]

وإذا حدث وأقدم شخص على تزويج من في ولايته قبل بلوغ السن المحددة بـ 18 سنة بالنسبة للرجل، و16 سنة بالنسبة للأنثى المحددة في القانون 63/224 أو تزويج القاصر نفسها قبل بلوغ سن الرشد القانوني، فإن هذا الزواج باطل بطلان مطلق، حيث يحق لكل من له مصلحة من ولي ونيابة عامة الطعن في هذا الزواج بالبطلان، لأن الزواج في هذه الحالة مخالف للنظام العام.[3]

وبالرجوع لنص المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري يعاب على المشرع الجزائري أنه لم يحدد جزاء مخالفة هذه القاعدة، ويبقى السؤال مطروح حول الجزاء المترتب على مخالفة قاعدة

[1] عيسى حداد المرجع السابق، ص ص 87، 88

[2] عيسى حداد المرجع السابق، ص 92

[3] عبد الله فاسي، المرجع السابق، ص 115.

الترخيص في ظل الأمر 05/02 المذكور سابقا، وهل القاضي يطبق نصوص القانون 63/224 الملغى أم لديه مصدر آخر يرجع إليه.

وباستقراء الآراء لا يمكن أن يأتي المشرع بنص القانون دون أن يقابله بجزاء، لأن الترخيص بالزواج قاعدة قانونية يجب أن تكون مقترنة بجزاء، وبالرجوع إلى نص المادة 2 فقرة 2 من القانون المدني والتي جاء في نصها في يكون الإلغاء ضمنيا إذا تضمن القانون الجديد نصا يتعارض مع نص القانون القديم[1]، أو نظم من جديد موضوعا سبق أن قرر قواعد ذلك القانون القديم.

وما نستنتجه من نص الفقرة 2 من المادة 2 من القانون المدني الجزائري، أنه إذا نظم المشرع الجزائري موضوع سبق ذكره سابقا يكون الإلغاء ضمنيا، وقياسا على هذا يعتبر القانون 63/224 ملغى ضمنيا لا يمكن الأخذ به لتوقيع جزاء مخالفة قواعد الترخيص بالزواج من لم يبلغ سن قانونية محددة.

وكما يمكن استنتاجه من الأمر 05/02 أن الزواج الذي لا يتم برضا الزوجين ولا يكون صحيحا إلا إذا كان طرفيه مكتملا الأهلية، وبما أن عقد الزواج عقد دائر بين النفع والضرر ينطبق عليه ما جاء في نص المادة 83 من قانون الأسرة الجزائري " من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، و باطلة إذا كانت ضارة به وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر ، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء"، فإذا كان الشخص بالغ 13 سنة فإن زواجه متوقف على إرادة الولي، وأما إذا تزوج دون أن يكمل سن 13 سنة فإن زواجه باطل بطلان مطلق.[2]

[1] الأمر رقم 75/58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

[2] كريمة محروق، المرجع السابق، ص 146.

وبالرجوع لنص المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري، نص المشرع الجزائري صراحة على أن هذا العقد لا يعد صحيحا إذا لم يتوفر في المعني سن الزواج المقررة بـ 19سنة إلا بعد الحصول على إذن قضائي مراعيا في مصلحة القاصر.

وما تجدر الإشارة إليه، أن الشريعة الإسلامية هي المرجع الفقهي الوحيد لقانون الأسرة، فمن خلال نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على : "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"، فإن القانون يسمح للقاضي بالعودة إلى أحكام الشريعة الإسلامية، فقد اختلف الفقهاء في مسألة زواج الصغار دون سن البلوغ فقد ذهب بعض الفقهاء إلى منع زواج الصغار منعا مطلقا كعبد الرحمان ابن شبرحة وعثمان البتي وأبو بكر الأصم، لكن ذهب فريق آخر إلى صحته و هذا ما يجعل الترخيص بالزواج يخضع لسلطة القاضي التقديرية من خلال تقدير معاييره.[1]

وكما أن المشرع الجزائري ألغى القانون 63/224 ضمنيا فقط، حيث يرى بعض الفقه أن المشرع الجزائري لم يقدر أي جزاء على مخالفة الحد الأدنى لسن الزواج و لم يرتب على إبطاله أي فسخ،[2] لأن المشرع لم يضع حد أدنى لسن أهلية الزواج يمكن للقاضي النزول عليه.

ثانيا: العقوبة الجزائية:

قد يعمد الأولياء أو طرفا عقد الزواج إلى مخالفة قواعد الترخيص بزواج القاصر من خلال إتباع أساليب مخالفة لهذه القاعدة من زواج عرفي أو إخفاء الأهلية مستعملين في ذلك أسلوب التزوير في المحررات الرسمية كعقود الميلاد أو عقود الزواج، وهذه المخالفة قد يعمد إليها طرفا عقد الزواج إما بأنفسهم أو بالتواطؤ مع الموثق أو الكاتب العام لإبرام عقد زواج

[1] كريمة محروق، المرجع نفسه، ص ص 148.147.

[2] الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء، ط 2 ، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر سنة 2008، ص 31 .

مخالف لقواعد سن الأهلية، فهذا العقد يطرأ عليه البطلان، وكذا توقيع عقوبة جزائية على كل من يخالف هذه القاعدة.

وبالرجوع إلى القوانين المتعلقة بتدرج أهلية الشخص القاصر نجد أن قانون 2 ماي 1930 نص على عقوبة تخلف شرط أهلية الزواج في المادة 2 منه:" إن عدم التقيد من هذه الشكليات من طرف الزوجين أو ممثليهم يترتب عليه بطلان عقد الزواج، وعقوبة الحبس من 6 أيام إلى 3 أشهر وغرامة من 16 إلى 500 فرنك أو بإحدى العقوبتين"،[1] والشكليات هنا يقصد بها شروط سن الزواج.[2]

وأما القانون 1959 لم يتطرق إلى أي عقوبة عند مخالفة قاعدة الترخيص بزواج القاصر، وفيما يخص القانون رقم 63/224، فقد فصل في العقوبة عند مخالفة قاعدة الترخيص بزواج القاصر فقد تضمنت المادة 02 منه "يعاقب كل من ضابط الحالة المدنية و المأذون و الزوجان و ممثلوهما القانونيون ومن أسهم معهم لعدم مراعاتهم السن بالحبس من خمسة عشر يوما إلى ثلاثة أشهر، و بغرامة من أربعمائة إلى ألف فرنك جديد أو بإحدى العقوبتين".[3]

وباستقراء نص المادة نجد أن المشرع قدر حالة القاصر ومنحها الترخيص بالزواج، لكن إذا تم مخالفة هذه القاعدة يعاقب كل من السلطة العامة أو الأولياء أو الشهود أو طرفا العقد بالحبس وغرامة مالية لردع مخالفي قاعدة الإذن بالزواج.

ونجد أيضا قانون الحالة المدنية الذي تضمن مواد قانونية تنص على حماية القاصر، فنجد المادة 77 منه تنص على أنه : "يعاقب الموثق أو ضابط الحالة المدنية الذي يحرر عقد الزواج دون رخصة الأشخاص المؤهلين لحضور عقد أحد الزوجين بالعقوبات المنصوص عليها

[1] القانون رقم 30/323 المؤرخ بتاريخ 02 ماي 1930.

[2] عبد الله فاسي، المرجع السابق، ص 118 .

[3] عيسى حداد المرجع السابق، ص 91.

في المادة 441 من قانون العقوبات دون الإخلال بالمتابعة الجزائية، يتعرض ضابط الحالة المدنية أو الموثق الذي لم يطبق الإجراءات المنصوص عليها في هذا الفصل إلى العقوبات التأديبية المنصوص عليها في التشريع و التنظيم المعمول بهما،[1] أي أن قانون الحالة المدنية كذلك نظم مسألة مخالفة قواعد الترخيص بالزواج.

ونستنتج مما تقدم أن المشرع الجزائري لم يحدد الجزاء المترتب على مخالفة قواعد الترخيص القضائي بزواج القاصر، ولم يحلنا حتى إلى قانون العقوبات، وما يمكن قوله أن المشرع في هذا الصدد منح سلطة تقديرية واسعة للقاضي المختص في تقدير معايير منح الترخيص، ولكن عند حدوث مخالفة تطلب توقيع جزاء، فهل يعقل أن يرجع القاضي إلى القانون 63/224 الملغى، أم يطبق نص المادة 222 من ق أج التي تحيله إلى قواعد الشريعة الإسلامية.

ومنه، يجب على المشرع الجزائري تعديل مواطن القصور في نص المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري، ومع إعادة صياغتها صياغة صحيحة لا تقبل المخالفة.

[1] الأمر رقم 70/20 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389هـ الموافق 19 فبراير سنة 1970، المتضمن قانون الحالة المدنية، معدل و متمم بالقانون رقم 14/08 المؤرخ في 13 شوال عام 1435 هـ الموافق ل سنة 2014، الجريدة الرسمية العدد: 204/49، المؤرخة في 2014.

خلاصة الفصل الثاني:

نستنتج من خلال ما تقدم أن المشرع الجزائري لم يحدد الإجراءات والكيفيات التي يصدر بها الترخيص بزواج القاصر؛ بل إكتفى في هذه المسألة المهمة بنص وحيد المادة 07 من قانون الأسرة؛ فهذا النص تضمن شروط منح هذا الترخيص فهي المصلحة والضرورة و متى توفرت قدرة الطرفين على هذا الزواج، إلا أنه لم يضبط لنا هذه الشروط والمعايير، إذ أنها هي نفسها تحتاج إلى معيار يحددها.

فالمشرع تركها للسلطة التقديرية للقاضي؛ إذ أنه جعل لهذا الترخيص قيدا وحيدا وهو السلطة التقديرية للقاضي، وصحيح أنه لم يحدد كيفيات إستصدار الترخيص بزواج القاصر، إلا أنه بتمعن نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، إتضحت لنا هذه الإجراءات بعض الشيء، إذ أنه لابد على ولي القاصرة من تقديم طلب لدى الجهة القضائية المختصة، وهي مكان إقامة طالب الترخيص؛ الذي يتولاه قاضي شؤون الأسرة المختص بنظر هذه القضايا.

وبناء على الأمر 05/02 لابد على القاضي قبل إصدار هذا الترخيص من تبليغ وإستشاري النيابة العامة؛ فهذا الترخيص يعتبر من قبيل الأعمال الولائية للقاضي الذي يصدرها بموجب أمر على عريضة، فله كامل السلطة التقديرية في تقدير المصلحة المرجوة من هذا الزواج ، أو الضرورة في هذا الزواج متى تبين له قدرة الطرفين على الزواج، نظرا للخصوصية التي يتمتع بها هذا الترخيص فلابد عليه من إصداره في أجل ثلاثة أيام من تاريخ تقديم الطلب؛ إما بالقبول أو الرفض؛ فإذا قبله منح الترخيص بزواج القاصر، فيصبح هذا الأخير له حجية كاملة أمام الموثق المختص بإبرام عقد الزواج، فيصبح هذا القاصر مرشدا قانونيا أي أهلا

لتحمل المسؤوليات المتعلقة بهذا الزواج، وكذا التصرف في الصداق والنفقة أي أن المشرع الجزائري ساوى بين القاصرة والراشدة في عقد الزواج.

ولكن هذه القاعدة ليست جامدة بل يرد عليها جملة من المخالفات، فقد يرى البعض أن إجراءات الترخيص معقدة فيلجأ إلى الزواج العرفي وإخفاء أهلية الزواج عن طريق التزوير في المحررات الرسمية، ولتقليل من هذه المخالفات رتب عليها المشرع الجزائري جزاء بموجب القانون 63/224 الملغى ضمنيا لأن القانون المعدل والمتمم 02/05 لم يورد أي جزاء لمخالفة قاعدة الترخيص القضائي.

الخاتمة

الخاتمة:

نستنتج من دراسة موضوع الترخيص بزواج القصر في قانون الأسرة الجزائري، أنه لصحة عقد الزواج لابد من توافر شرط الأهلية، فهذه الأخيرة تعتبر عنصر جوهري لصحة التصرفات ومن بينها الزواج، حيث نعني بأهلية الزواج صلاحية الشخص لإبرام عقد الزواج، التي حددها المشرع الجزائري بسن قانونية معينة، وهو سن الرشد تسعة عشر سنة كاملة.

ولكن المشرع الجزائري أورد استثناء على هذه القاعدة، وهي إمكانية الزواج قبل بلوغ السن القانونية بموجب ترخيص يمنح من طرف القاضي المختص، الذي يدرس طلب الترخيص، ويراقب مدى توفر الشروط القانونية المحددة بنص المادة 07 من قانون الأسرة الجزائري، وهنا للقاضي سلطة تقديرية واسعة في قبوله أو رفضه.

ومن وصف وتحليل النصوص التشريعية المقرر لهذه الدراسة توصلنا لجملة من النتائج، أهمها:

1 – إن الترخيص بزواج القاصر هو قيد على القاصر الذي لم يبلغ من أهلية الزواج، الذي تم توحيده بموجب الأمر رقم 05/02 بالنسبة للمرأة والرجل ب 19 سنة، وهذا تماشيا مع سن الرشد المدني.

2 – إن المشرع الجزائري فرض الترخيص كقيد الإبرام عقد الزواج كآلية لحماية هذا القاصر من التصرفات المتعسفة في حقه، فعالج هذا الترخيص في مادة واحدة هي المادة 7 من قانون الأسرة الجزائري، وجعل للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تقدير المصلحة والضرورة، وكذا قدرة الطرفين ليتم منح الترخيص بزواج القاصر.

3 – إن المشرع الجزائري جعل الرضا كركن وحيد لإبرام عقد الزواج، وجعل موافقة الولي على هذا الزواج واجبة في زواج القاصر فقط، أما الراشدة فيحق لها مباشرة عقد زواجها بنفسها بموجب التعديل الأخير لقانون الأسرة الجزائري، وأنه أيضا المادة 12 من القانون 84/11 التي كانت تعالج مسألة بالغة الأهمية، وهي عضل الولي حيث أنه إذا امتنع الولي عن تزويج من

في ولايته، وكان الراغب في الزواج صالح وكفء، فتنتقل الولاية للقاضي باعتباره الولي القانوني للقاصر، وتكون حماية القاصر من ضمن أولوياته فيأذن بالزواج، وأما بإلغاء هذه المادة، فقد فراغ تشريعي بخصوص هذه المسألة، فالقاضي هنا يجد نفسه أمام المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري التي تحيله إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

4 – إن التشريع الجنائي قدم أمثلة حالة الضرورة هي حالة الخطف والإعتداء، حيث لم يعالج المشرع المسألة بالقدر الكافي، وترك ثغرات تكمن الأفراد من التحايل على القانون، خاصة الإعفاء من العقوبة الجزائية إذا تزوج الخاطف من مخطوفته، فهذا يسهل التهرب من العقوبة، فهنا لم تتحقق الغاية المرجوة من هذه المواد وهي حماية القصر.

5 – إن المشرع الجزائري حدد معايير منح الترخيص الزواج القاصر في مصلحة أو ضرورة يقدرها القاضي وفقا لسلطته التقديرية الواسعة، متى تأكد من قدرة الطرفين على هذا الزواج، حيث أن المشرع ضمن المادة 7 لم يحدد لنا هذه المعايير أو يضبطها، ولم يقدم ولو مثالا عنها، بل تركها مطلقة تخضع للسلطة التقديرية للقاضي، فتكون نسبية لتقدير القضاة إذ أن تقديرهم للمصلحة يختلف باختلاف القاضي، ولم يبين لنا نوع القدرة، فالمشرع من خلال المادة المذكورة أعلاه، لم يحدد للقاضي السن الأدنى التي يراعيها عند منحه للترخيص، والتي لا يجوز له النزول عنها، ولكن نجد المرسوم الرئاسي رقم 16/254 المصادق للميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان وشؤون العرب بشأن حقوق المرأة في إفريقيا، قد حدد لنا في مادته 6 أن السن الأدنى للزواج هو 18 سنة.

6 – إن المشرع الجزائري لم يحدد لنا الإجراءات الواجب إتباعها أو الكيفيات التي يصدر بها هذا الترخيص، وأيضا الجهة المختصة التي يقدم أمامها طلب الترخيص، فلم يحدد أيضا الاختصاص القضائي هل هو قاضي شؤون الأسرة أم رئيس المحكمة، ولكن باستقراء نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية تحد أن قاضي شؤون الأسرة هو المختص بالنظر في هذا الطلب.

7 – إن الأمر رقم 05/02 أضاف النيابة العامة كطرف أصلي في جميع قضايا شؤون الأسرة، ومن بينها الترخيص لزواج القاصر إذ أنه لابد على القاضي قبل إصدار الترخيص الزواج القاصر من تبليغ النيابة العامة واستشارتها، فالمشرع الجزائري حدد أحال إصدار هذا الترخيص بثلاثة أيام فهو يستوجب السرعة فمن هنا تجد تناقض في النصوص التشريعية إذ أن هذا الترخيص يصدر في ظل ثلاثة أيام، وفي حين أن الأصل يتم تبليغ النيابة العامة في أجل عشرة أيام، وبما أن هذا الترخيص ذو خصوصية يتم تبليغ النيابة في ظل هذه الآجال المحددة، ومن هنا بصدر القاضي هذا الترخيص إما بالقبول أو الرفض، فيستطيع القاضي الرجوع في هذا الترخيص أو حتى إلغاءه، فيجب عليه تسبيب هذا الترخيص سواء رفضه أو قبله.

8 – إنه إذا صدر الترخيص القضائي بزواج القاصر برشد هذا القاصر فيما يخص آثار هذا الزواج فقط، فيصبح أهلا لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، فيحق له التمتع بالآثار المالية لعقد الزواج من نفقة وصداق فيكتب مكنة قانونية تمكنه من التقاضي إما مدعي أو مدعى عليه، ففي حالة إنحلال الرابطة الزوجية لا يمكن لهذا القاصر المرشد مباشرة دعواه بنفسه بل ينوب عنه وليه، فهذا يعتبر قصور تشريعي.

9 – إن المشرع الجزائري لم يعالج مسألة التجاوزات ومخالفة قيد الترخيص، وهذا يعتبر من ثغرات القانون 05/02 حيث أثبتت الممارسات الواقعية بأنه هناك الكثير من هذه التجاوزات في حق القصر والتعسف تجاههم، فوفر حماية للقاصر ضمن النصوص التشريعية فقط دون الواقع المعاش، ففي ظل غياب نص يعاقب هذه المخالفات نجد أن القاضي يجد نفسه بين الرجوع للقانون رقم 63/224 الذي تضمن جزاءات مخالفة قاعدة الترخيص، والذي ألغي ضمنيا، وأيضا بين المادة 222 التي تحيل على أحكام الشريعة الإسلامية، فنجد تناقض في النصوص القانونية حيث أن المشرع أوجد إمكانية تثبيت الزواج العرفي بحكم قضائي بعد بلوغ سن الرشد.

ومن خلال كل ما تقدم يمكن تقديم مجموعة من الاقتراحات كما يلي:

– لا بد من معالجة مسألة الترخيص بالقدر الكافي من النصوص القانونية، إذ أن مادة واحدة غير كافية لتناول جميع جوانب المسألة، ومنه تعديل نص المادة 7 فقرة 2 من قانون الأسرة الجزائري، بحيث يكتسب الزوج القاصر فيما يخص الزواج ككل وفك الرابطة الزوجية أيضا.

– إعادة تفعيل المادة 12 من في قانون الأسرة الجزائري الملغاة التي عالجت مسألة الولي.

– تنظيم الترخيص بزواج القاصر إجرائيا وتحديد القاضي المختص بالنظر في إصدار الترخيص بموجب أحكام خاصة.

– اتخاذ التدابير الوقائية اللازمة من طرف المشرع الجزائري من أجل لتوفير الحماية الكافية لفئة القصر.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

القرآن الكريم.

السنة النبوية الشريفة.

أولا المصادر

النصوص الرسمية

– دستور الجزائري سنة 2016 المعدل بموجب القانون 16/01 الصادر بتاريخ 06/03/2016، جريدة رسمية، عدد 14 الصادر بتاريخ 07/03/2016 .

– قانون رقم 30/323 المؤرخ في 02 ماي 1930 مصادر عن السلطة الاستعمارية يتضمن تقنين التشريع الأسري في الفترة الاستعمارية.

– قانون 59/274 الصادر في 04/02/1959، يتضمن عقود الزواج التي يعقدها الأشخاص. الذين يخضعون للأحوال الشخصية في عمالات الجزائر و الواحات و الساورة الجريدة الرسمية العدد 19 الصادر بتاريخ 30/03/1959.

– قانون رقم 63/224 المتضمن تحديد من الزواج، الصادر بتاريخ 29 جوان 1963 الجريدة الرسمية العدد 44 الصادر بتاريخ 30/07/1963

– الأمر رقم 66/156 المؤرخ في 18 صفر 1386هـ الموافق لـ 08 يونيو سنة 1966، الذي يتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم .

– أمر رقم 75/58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم، الجريدة الرسمية، العدد 78 المؤرخة في 30/09/1975.

قائمة المصادر والمراجع

- قانون رقم 84/11 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05/02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية رقم 24، الصادرة بتاريخ 26 يونيو 2005.

- قانون رقم 08/09 المؤرخ في 18 صفر 1429هـ الموافق ل 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، جريدة رسمية رقم 21 مؤرخة في 23 مارس 2008

- قانون حماية الطفل 12/15 المؤرخ في 28 رمضان عام 1436هـ، الموافق ل 15 يوليو سنة 2015، يتعلق بحماية الطفل.

- المرسوم الرئاسي رقم 16/294 المتتم التصريحات التصيرية على بروتوكول الميتي الأفريقي الحقوق الإنسان والشعوب بشأن حقوق المرأة في افريقيا المعتمد من طرف الدورة العادية الثانية المؤتمر الاتحاد الأفريقي بمابوتو (موزمبيق) في 11/07/2003 الجريدة الرسمية، العدد 58 الصادر بتاريخ 05/10/2016

الكتب والمؤلفات (متخصصة وعامة)

- أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري صحيح البخاري، الطبعة الأولى، دار ابن كثير دمشق، بيروت 2002.

- جميل فخري محمد جانم، مقومات عقد الزواج في الفقه والقانون، دار الحامد، الأردن، سنة 2008

- عبد الحميد المنشاوي، أوامر الأداء، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية سنة 2010

- خضر قادر، دور الإرادة في أحكام الزواج والطلاق والوصية، دار اليازوني للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، سنة 2010

قائمة المصادر والمراجع

– رشيد بن شويخ، شرح قانون الأسرة المعدل دراسة مقارنة البعض التشريعات العربية دراسة مقارنة، ط1، دار الخلدونية الجزائر، سنة 2008

– عبد الرزاق السنهوري، شرح القانون المدني الجديد نظرية الإلتزام بوجه عام مصادر الالتزام، ط3 ، الجزائر سنة 1996.

– عبد الرحمان بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية قانون رقم 09/08 مؤرخ في 23 فيفري 2008، ط 2 منشورات البغدادي البليدة الجزائر، سنة 2009.

– سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ها، دار هومة للطباعة و النشر والتوزيع، الجزائر، سنة 1995.

– قانون الأسرة في ثوبه الجديد: أحكام الزواج والطلاق بعد التعديل، ط2، دار هومة، سنة 2009.

– عيسى حداد، عقد الزواج دراسة مقارنة، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، سنة 2006

– العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري هل 6 الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة .2010

– الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء، ط 2 ، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون الجزائر، سنة 2008

– فارس محمد عمران، الزواج العرفي و صور أخرى للزواج غير الرسمي، ط 1 ، مجموعة النيل العربية، سنة 2001.

– عبد الفتاح نقية، قانون الأسرة مدعم بالإجتهادات القضائية و التشريعية: دراسة مقارنة، ط 1 ، دار الكتاب الحديث القاهرة، سنة 2011.

قائمة المصادر والمراجع

– لوعيل محمد أمين، المركز القانون للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، سنة 2004.

محمد أمقران بوبشير، قانون الإجراءات المدنية نظرية الدعوى: نظرية الخصومة الاستثنائية، ط 4 ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون الجزائر ، سنة 2008

– محفوظ بن الصغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي، دار الوعي للنشر والتوزيع، المسيلة الجزائر ، سنة 2020

– محمود محمد ناصر البركات السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، ط1، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، سنة 2007.

– نبيل إسماعيل عمر النظام القانوني للحكم القضائي، ط 1 دار الجامعة الحديثة للنشر، الاسكندرية سنة 2007.

– سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، سنة 2008

– نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية دار الهدى، عين مليلة الجزائر.

– حمزة بوضراع، مقال الولاية في عقد الزواج على ضوء أحكام الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجزائري مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد السادس، العدد الثاني الشلف الجزائر، سنة 2020

– رزيق بخوش مقال ضوابط تزويج الصغار في قانون الأسرة الجزائري، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد التاسع، جوان 2016

قائمة المصادر والمراجع

– سامية حساين مقال الأهلية التجارية للقاصر و حماية أمواله في التشريع الجزائري المجلة النقدية بومرداس الجزائر، سنة 2014.

– سميرة قلعي مقال أهلية التقاضي لدى الأزواج القصر : دراسة تحليلية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2 محمد بن أحمد، سنة 2015.

– سناء شيخ، مقال الضوابط القانونية لإدارة القاصر و التصرف فيها، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، تلمسان الجزائر، سنة 2014

– عبد العالي عشاري، مقال الولاية في الزواج على ضوء أصول الشريعة الإسلامية و قانون الأسرة الجديد، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد التاسع، الجزائر، جوان.2018

– فتيحة زعنون، مقال الزواج بالفاتحة وعلاقته بالزواج الرسمي، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد الثاني، العدد الثاني، جامعة وهران.

– قاشي علال وعشير جيلالي، مقال إشكالات الترخيص القضائي لزواج القاصر في التشريع الجزائري، منشورات مخبر النظام القانوني للعقود والتصرفات في القانون الخاص، جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة الجزائر ، جوان 2021

– لبنى لمين مقال زواج القصر بين المفهوم القانوني و المصلحة المعتبرة شرعا دراسة على ضوء تعديل قانون الأسرة و التطبيق القضائي له، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية، المجلد الخامس، العدد الثاني، سنة 2020

– مبروك بن زيوش، مقال نفقة المطلقة والأولاد في ظل القانون رقم 15/01 المتضمن إنشاء الصندوق الخاص بها، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، العدد الخامس، سطيف، 05 مارس 2005

قائمة المصادر والمراجع

– محفوظ بن الصغير ، مقال ولاية التزويج في الاجتهاد الفقهي و قانون الأسرة الجزائري، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد الثامن، المسيلة، الجزائر ، سنة 2015.

القرارات و المجلات القضائية.

– المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار بتاريخ 17/05/1998 ، ملف رقم 167835، المجلة القضائية، العدد 02، سنة 1997.

– إجتهاد قضائي لغرفة الأحوال الشخصية، المجلة القضائية، عدد خاص، سنة 2001.

القواميس و المعاجم

– ابن منظور، لسان العرب، تحقيق: عبد الله علي الكبير و محمد أحمد حسب الله هاشم محمد الشاذلي، ط 1 ، دار المعارف، القاهرة، مصر، سنة 1119.

– إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، ط 4 ، مكتبة الشروق الدولية، سنة 2008.

– جيرار كورنو، معجم المصطلحات القانونية ترجمة منصور القاضي، ط 1 ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، سنة 1998.

– الخليل بن أحمد الفراهيدي، كتاب العين مرتبا على حروف المعجم: تحقيق عبد الحميد الهنداوي، ط 1 ، المجلد الثاني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، سنة 1863.

نور الدين عصام، معجم نور الدين الوسيط، ط 1 ، دار الكتب العلمية، بيروت، سنة.1998

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

العنوان	الصفحة
شكر وتقدير	
إهداء	
مقدمة	أ-هـ
الفصل الأول: ماهية زواج القاصر والترخيص له	06
المبحث الأول: مفهوم زواج القاصر	07
المطلب الأول : تعريف زواج القصر	07
الفرع الأول : تعريف زواج القاصر شرعا	08
الفرع الثاني: تعريف زواج القاصر قانونا	12
الفرع الثالث: تعريف الترخيض بزواج القاصر	18
المطلب الثاني : تمييز الترخيص بزواج القاصر عن بعض المصطلحات المشابهة له	21
الفرع الأول : تمييز الترخيص بالزواج عن الترشيد القاصر للتصرف في أمواله	22
الفرع الثاني : تمييز الترخيص بزواج القاصر عن الترشيد لممارسة التجارة	23
المطلب الثالث : الولاية على النفس	29
الفرع الأول: مفهوم الولاية	30
الفرع الثاني : الولاية على نفس القاصر	33
المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للترخيص بزواج القاصر وموقف المشرع الجزائري منه	43
المطلب الأول: الطبيعة القانونية للترخيص بزواج القاصر	44
الفرع الأول: الترخيص بزواج القاصر من الأعمال الولائية للقاضي	45
الفرع الثاني : صدور الترخيص بزواج القاصر بموجب أمر على عريضة	46
المطلب الثاني : التطور التاريخي لسن أهلية الزواج في الجزائر	46

فهرس الموضوعات

الفرع الأول : مفهوم الأهلية	47
الفرع الثاني : مراحل تطور سن أهلية الزواج في التشريع الجزائري	49
المطلب الثالث : معايير منح الترخيص بزواج القاصر	61
الفرع الأول : معيار المصلحة	61
الفرع الثاني: معيار الضرورة	63
الفرع الثالث: معيار القدرة.	64
خلاصة الفصل الأول	66
الفصل الثاني : إجراءات منح الترخيص بزواج القصر	67
المبحث الأول: قواعد إستصدار الترخيص بزواج القاصر وسلطة القاضي التقديرية في منحه.	68
المطلب الأول : قواعد إستصدار الترخيص بزواج القاصر.	68
الفرع الأول: الجهة القضائية المختصة بمنح الترخيص بزواج القاصر.	69
الفرع الثاني : شكليات طلب الترخيص بزواج القاصر.	71
الفرع الثالث: صدور الترخيص بزواج القاصر.	74
المطلب الثاني: سلطة القاضي التقديرية في منح الترخيص بزواج القاصر.	77
الفرع الأول: تعريف السلطة التقديرية للقاضي.	77
الفرع الثاني : سلطة القاضي في تقدير المصلحة.	80
الفرع الثالث : سلطة القاضي في تقدير الضرورة.	83
الفرع الرابع : سلطة القاضي في تقدير قدرة الطرفين.	86
المبحث الثاني: آثار منح الترخيص بزواج القاصر و جزاء مخالفته.	88
المطلب الأول: آثار منح الترخيص بزواج القاصر.	89
الفرع الأول: اكتساب أهلية التقاضي.	89

فهرس الموضوعات

الفرع الثاني: الترشيد للزواج	93
الفرع الثالث: حق القاصر في التصرف في الصداق و النفقة.	94
المطلب الثاني: جزاء مخالفة قاعدة الترخيص بزواج القاصر.	97
الفرع الأول: أساليب مخالفة قاعدة الترخيص بزواج القصر.	97
الفرع الثاني: الجزاء المترتب على مخالفة قاعدة الترخيص بزواج القاصر.	100
خلاصة الفصل الثاني:	106
خاتمة	
قائمة المصادر والمراجع	
فهرس الموضوعات	
الملخص	

الملخص

الملخص

الملخص

يعتبر من أهلية الزواج شرط جوهري لصحة الزواج الذي اعتبره المشرع الجزائري عقد رضائي، إذ أنه وفقا لقانون 84/11 كان سن الزواج محدد ما بين 21 سنة بالنسبة للرجل وسن 18 سنة بالنسبة للمرأة لكن بموجب التعديل الأخير 05/02 تم توحيد سن أهلية الزواج تطابقا مع سن الرشد المدني بالنسبة للمرأة و الرجل، لكن المشرع أورد استثناء على سن أهلية الزواج، إذ أنه يمكن لمن هو دون السن القانونية "قاصر" أن يبرم عقد زواجه، بجملة من الشروط والقيود اشترطها المشرع الجزائري، إذ أنه ليتم منح الترخيص بزواج القاصر لابد من توفر المصلحة أو الضرورة والقدرة، و يتم تقدير هذه الشروط وفقا للسلطة التقديرية للقاضي متى تأكد من قدرة الطرفين على هذا الزواج يتم قبول الطلب أو رفضه، باعتباره يصدر ضمن السلطة الولائية للقاضي التي أساسها حماية و رعاية مصالح القصر .

الكلمات المفتاحية:

- القاصر
- الزواج
- الاهلية
- الولي
- الطبيعة القانونية
- الترخيص

الملخص

Abstract

Marriage eligibility is a prerequisite for the validity of the marriage, which Algerian legislator considered to be a consensual contract. In accordance with Act No. 11/84, the age of marriage was set at 21 years for men and 18 years for women, but under the last amendment 02/05, the age of eligibility for marriage was harmonized with the age of civil majority for women and men, However, the legislator made an exception to the age of eligibility for marriage, since a person under legal age could A "minor" may enter into a marriage contract under a number of conditions and restrictions required by Algerian legislation; For a minor's marriage to be granted, interest, necessity and ability must be provided. Such conditions shall be assessed at the discretion of the judge whenever the parties' ability to marry is ascertained, the application shall be accepted or rejected; As issued within the jurisdictional authority of the judge, whose basis is the protection and care of the interests of minors.

Key words:

- Minor
- Marriage
- Eligibility
- The guardian
- Legal nature
- Licensing